

JOHANNIS HARPPRECHTI,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS
IN LAUDATISSIMA TUBINGENSI ACADEMIA
ORDINARI,

COMMENTARIUS

AD

INSTITUTA,

MULTIS QUÆSTIONIBUS ADAUCTUS,
ATQUE OMNIBUS NON SOLUM JURISPRUDENTIÆ

Alumnis, Interpretibus, Consulentibus, Advocatis & Judicibus, sed aliarum etiam
facultatum Studiosis & Professoribus, propter varias in illis
materias dilucidè ac diligenter pertractatas, oppidò quàm
utilis atque fructuosus:

Cujus hic

TOMUS III.

COMMENTARIOS IN LIBRUM TERTIUM INSTITU-
TIONUM DIVI IMP. JUSTINIANI COM-
PLECTENS.

*Cum Indice Rerum & Verborum locu-
plerissimo.*

EDITIO TERTIA,

prioribus auctior & emendatior.

*Jegenseensis
1735.*



FRANCOFURTI AD MOENUM,
Sumptibus JOH. ADOLPHI STOCKII.

ANNO MDCC LIX.

JOHANNIS HARPURCHII
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS
IN LEGATIONE TUNICATA ACADÉMICA
OPUS

COMMENTARIUS

INSTITUTUM
MULTIS QUESTIONIBUS ADAMCTUS
ATQUE OMNIBUS NON SOLEM JURISPRUDENTIIS
ALIAM Interpretationem, Consilium, et Adversus et Juris et Jurisprudentiam
facillime sententia et Jurisprudentiam propter varias in his
materiam hinc inde et non perinde hinc inde quodam
modo et perinde hinc inde

TOMUS III.
COMMENTARIOS IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTI
TOMI DIVINI INSTITUTI COM.
PLECTENS

Cum Indice Retinens et Vocabularium locorum
Plectens

EDITIO TERTIA
propter varias et consilium



FRANCORTII AD M. M. M. M.
Sumptibus JOH. ADOLPHI STOCKII
A. M. D. C. C. C. C.



COMMENTARII

JOHANNIS HARPPRECHTI,
JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS IN
CELEBERRIMA TUBINGENSI ACADEMIA ORDINARII, IN
TERTIUM INSTITUTIONUM DOMINI JUSTINIANI, PRIN-
CIPIS SACRATISSIMI, LIBRUM.

DE HEREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO
DEFERVNTVR.

TITULUS I.

Principium tituli.

In testatus decedit, qui aut omnino testamen-
tum non fecit: aut non jure fecit: aut id, quod
fecerat, ruptum irritumve factum est: aut si
ex eo nemo heres extiterit.

SUMMARIA.

- 1 Materia successionis legitima seu ab intestato, multiplex utilitas & varietas.
- 2 Vsu frequentia & quotidiana, plenius perfectiusq; cognoscenda.
- 3 Ratio ordinis, siue coherencia hujus tituli cum superioribus.
- 4 Hereditas alia testamentaria, alia legitima.
- 5 Legitimi heredes qui alicantur.
- 6 Quamdiu speratur heres ex testamento, cessat successio ab intestato.
- 7 Ordo & dispositio presentis tituli & sequentium.
- 8 Cur universam hereditatis, & testamentaria, & legitima, materiam Iustinianus non uno libro sit complexus.
- 9 Hereditas cum tantum testamento, vel ab intestato nobis deferatur: pactis aut contractibus eadem deferri non poterit.
- 10 Conventiones & pacta de futura alterius viventis hereditate, bonis moribus contraria censentur: votum captanda mortis alienius in se continent: & liberam testandi facultatem impediunt.
- 11 Ultima voluntas est ambulatoria usq; ad extremum vita spiritum.
- 12 Ius succedendi à jure publico dependet.
- 13 Privatorum passionibus juri publico non derogatur.
- 14 Qua pacta sint servanda.
- 15 Intellectus l. 1. & l. cum proponas. 16. C. de pact. & l. de fidei commissio. 11. C. de transactionib.
- 16 Sententia l. licet 19. C. de pactis.
- 17 Voluntas militum, quoquo modo declarata, pro iusto testamento habetur.
- 18 Explicatur l. ult. C. de pactis.
- 19 Sensus l. ea vero. 3. §. de illo quaritur. ff. pro socio.
- 20 Consideratio l. juris gentium. 7. §. penult. ff. de pact.
- 21 Mens l. 2. §. illud 2. ff. de hered. vel action. vendit.
- 22 Vocula, Maxime, qualis sit.
- 23 Exponitur l. nam hoc modo. 11. ff. de heredit. vel act. vend.
- 24 Consideratur l. si quis servum. 23. ff. de actionibus empr.
- 25 Declaratur l. quidam, cum filium. 132. ff. de verb. obligat.
- 26 Filius heres instituendus, vel exheredandus.
- 27 Multa, qua expresse fieri nequeunt, tacite facta valent.
- 28 Exhereditatio quadam nota putatur.
- 29 Consuetudine receptum est, ut de futura successione pacisci liceat.
- 30 Cur ista consuetudo sustineatur.
- 31 Libertas testandi multis casibus impeditur.
- 32 Liberis quomodo jubeatur testari.

- 33 Pactio de futura alterius hereditate, an & quatenus bonis moribus sit contraria.
- 34 Presumptio illa de voto captanda mortis hodie sublata.
- 35 Pactum de futura hereditate, iurejurando confirmatum, cur valeat.
- 36 Distinguitur inter mores naturales seu canonicos, & civiles seu politicos.
- 37 Peccata sunt inaequalia.
- 38 Mens & sententia c. non est obligatorium. § 8. de reg. jur. in 6.
- 39 Qua juramenta sint servanda.
- 40 Iure canonico quid dicatur esse contra bonos mores.
- 41 Pactum, quo non de tota hereditate, sed de quorundam bonorum conventum fuerit, iure civili est validum.
- 42 Ut & pactum futura successionis reciprocum siue mutuum.
- 43 Pactum inter conjuges, de mutua ejusmodi & vicissitudinaria successione, iure civili valet.
- 44 Ratione incertitudinis permittuntur ea, qua alias non permitterentur.
- 45 Andreas Gail. refutatur.
- 46 Semper hominum actus ita interpretandi sunt, ut valeant potius quam pereant.
- 47 Ultima voluntas interpretatione omnino iuvanda.
- 48 Mens contrahentium spectanda.
- 49 Pacta gentilitia illustrium personarum de succedendo an & quatenus valeant, remissive.
- 50 Iure novissimo quot sint succedendi ab intestato ordines.
- 51 Affines, nutritores, & tutores à successionem removeniuntur.
- 52 Item cognati spirituales.
- 53 An patrini siue compater teneatur filium suum spiritualem alere.
- 54 Caupones arcentur à successionem viatorum.
- 55 De successionem descendendum seu liberorum in genere.
- 56 Liberi (à liberalitate dicti) sunt multiplices.
- 57 De successionem liberorum naturalium & legitimorum simul.
- 58 Sexus, patria potestatis & emancipationis, ut & cognationis atq; agnationis differentia, in hac successionis materia est sublata.
- 59 Liberi, vivis etiam parentibus, quodammodo domini bonorum paternorum existimantur.
- 60 Liberi, in utero existentes, quatenus pro jam natis habeantur: & num. 243.
- 61 Fœtus quo mense vitam vivere posse credatur.
- 62 Medici & Physici quibus casibus à iudice consulendi.
- 63 Liberi tam clerici, quam seculares, parentibus suis succedunt.
- 64 In successionem descendendum propior remotiorem non excludit.
- 65 Successio in capita, item in stirpes, quando fieri dicatur.
- 66 Ius representationis antiquissimum, utpote ex duodecim tabulis ortum.
- 67 Pater & filius eadem penè reputantur persona, & n. 23. & 109.
- 68 Filius est portio ac caro patris. & n. 110.
- 69 An etiam abnepotes, & reliqui remotiores, representationis iure gaudeant.
- 70 Oratio indefinita aequipollet universali: & num. 374.
- 71 Liberis naturalis ratio hereditatem parentum addicit.
- 72 Liberorum appellatione qui contineantur.
- 73 Representatio facilius inducitur, quam transmissio.

- 74 *Exempla regulam non restringunt, sed duntaxat declarant.*
 75 *Vnā in lege omissum, ex aliā supplendum.*
 76 *Consideratio l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bonis libertor.*
 77 *Ius patronatus jure hereditario non defertur, & personale censetur.*
 78 *Et quid nostro seculo quispiam moriens, abnepotes relinquere queat.*
 79 *Fideicommissum, familia alicui relictum, ad quos devolvatur.*
 80 *Representatio non solum in dispositione legis, sed etiam in fidei commissis, sicq; dispositione hominis, locum habet.*
 81 *Virum nepos ex filio primogenito, in successione regni, patruo suo secundogenito sit preferendus.*
 82 *Nepos in patris sui mortui locum & communi & feudorum jure succedit.*
 83 *Vox patris, tanquam vox filii est.*
 84 *Filius primogenitus ius suum primogenitura fratri vendere & cedere potest.*
 85 *Quod cessibile est, ad heredes quodq; est transmissibile.*
 86 *Nepos iura filii habet, etiam in odiosis.*
 87 *Ius ordini & loco alicui concessum, cui debeatur.*
 88 *Iura magis succurrunt de damno vitando certanti, quam lucrum captanti.*
 89 *Nepotem patruo secundogenito preferendum esse, exemplis confirmatur.*
 90 *Qua sit vis representationis.*
 91 *An ius representationis cum propinquitatis jure concurrat.*
 92 *Ius representationis tantum in ordine descendendum est receptum: unico casu excepto: & num. 368.*
 93 *Filii non debent esse deterius conditionis, quam nepotes.*
 94 *Quo jure nepos ex filio primogenito praeferatur patruo.*
 95 *An & quatenus spes sit ad heredem transmissibilis.*
 96 *Ecquid actus, an potentia ius primogenitura in nepotem transmittatur.*
 97 *Causa secunda effectum suum agit ex vi prima causa.*
 98 *A primordio tituli posterior formatur eventus.*
 99 *Omnis derivatio praesupponit vim derivantis in alterum, sine quo derivatio fieri nequit.*
 100 *Ius beneficio legis competens, quatenus transmittatur.*
 101 *Arrogatus quartam, beneficio legis sibi in bonis arrogatoris competentem, transmittit in heredem.*
 102 *Querela inofficiosi testamenti quando nascatur & transmittatur.*
 103 *Filius in jure patronatus patrem non representat.*
 104 *Ius patronatus jure hereditario non defertur.*
 105 *Tutela, & alia officia atq; dignitates jure hereditario ad alium transire non possunt.*
 106 *Cessante causa privilegii, cessat ipsum privilegium.*
 107 *Quatenus effectus non cesset, cessante causa.*
 108 *Ius primogenitura privilegium personale.*
 109 *Natura pater & filius eadem esse persona penè intelliguntur.*
 110 *Caro filii, est veluti caro patris aucta.*
 111 *Primogenitus quis dicatur.*
 112 *Primogenitum dicitur omne, quicquid primum aperit vulvam: nec distinguitur utrum id unigenitum sit, an minus.*
 113 *Christus primogenitus Maria filius.*
 114 *Eratres Christi qui appellati fuerint.*
 115 *Vocabulum (donec) quid significet.*
 116 *Helvidii error merito damnatus.*
 117 *Primus quis intelligatur.*
 118 *Legatum primogenito Titii relictum, cui debeatur, si alios Titius non suscepit.*
 119 *Si duo simul uno eodemq; partu edantur: quis eorum iure primogenitura gaudet.*
 120 *Ratione brevissimi temporis aliquid dicitur altero prius, vel posterius.*
 121 *An is, qui primus genitus erat, & illico mortuus fuit, primogenitus censeatur.*
 122 *Liberi non intelliguntur, qui contra formam humani generis procreantur.*
 123 *Res omnes à perfectione formae nomen suum accipiunt.*
 124 *Si ignoretur, uter ex gemellis siue fratribus prior natus fuerit: uter illorum jure primogenitura gaudere debeat.*
 125 *Res dubia sortis iudicio committenda.*
 126 *Frequens in Scriptura sacra sortitionis usus.*
 127 *Ejus varia adducuntur exempla.*
 128 *Quicquid non expresse est prohibitum, id censetur permissum.*
 129 *Non possunt omnes casus, qui quandoq; inciderint, legibus comprehendi.*
 130 *Virum quasi totum iuris, sortitione terminari debeat.*
 131 *Factum allegans, ad eius probationem tenetur.*
 132 *Num descendentes ad avi vel proavi hereditatem admittantur, quando parens eorum praefunctus, paterna vel avia hereditari non dum delata renuntiavit.*
 133 *Renunciatio filia qualiter, & sub qua conditione facta censetur.*
 134 *Renunciatio stricti iuris est, adeoq; personas renunciantium non egreditur.*
 135 *Liberi, tanquam heredes, factum & renunciationem matris ratam habere tenentur.*
 136 *Conditionis ea est natura: ut prius implevi, quam commodum ex illa quari debeat, & n. 222.*
 137 *Taciti & expressi par virtus & efficacia.*
 138 *Expositio l. conditiones. 99. ff. de condit. & demonstr.*
 139 *Conditionum sensus magis, quam verba, spectandus.*
 140 *Viventis nulla hereditas.*
 141 *Heres & defunctus quatenus pro una eademq; persona habeantur.*
 142 *Sententia c. 1. An agnatus vel filius defuncti possit retinere feudum in usib. feudor.*
 143 *Liberi diversi matrimonii quomodo succedant parentibus.*
 144 *Et civili & feudali jure, liberi aequaliter succedunt, servato beneficio representationis.*
 145 *Feuda an & quatenus dividantur.*
 146 *An primogenitus in successione feudi regalis, ceteris suis fratribus sit preferendus.*
 147 *Ius primogenitura omni jure approbatum.*
 148 *Seniores minoribus anteponi, primoque loco sedere debent.*
 149 *Nunquid primogenito ignavo, deformi, clauda, &c. sceptrum de manibus extorquenda: & nunquid pater secundogenitum primogenito praeferre possit.*
 150 *An & is primogenitura jure fruatur, qui alios quidem natiuitate praecessit: eo autem tempore pater illius regnum, de cuius successione agitur, nondum adquisierat.*
 151 *Enucleatio l. senatoris. 5. ff. de senatorib.*
 152 *Posthumus, antequam nascitur, quid sit.*
 153 *Bona patris quo respectu contingant liberis.*
 154 *Absurdum est: si rex decedat, relicto unico filio, qui natus est ante regnum partum, eum non succedere.*
 155 *Liberi omnes ex jure communi aequaliter succedunt.*
 156 *Exemplis praedicta decisio illustratur.*
 157 *Verus sensus & intellectus l. si senator. II. C. de dignit.*
 158 *Filii, ante patris dignitatem suscepti, quatenus eadem dignitate fruuntur.*
 159 *Iure feudali regulariter masculi tantum succedunt.*
 160 *Faemina ab omnibus civilibus officiis remota, militaria munera obire nequit.*
 161 *Ratione pudoris naturalis & honestatis publica, mulier virorum caribus se immiscere non potest.*
 162 *Et eadem ob sexus fragilitatem & futilitatem, secreta sibi commissa retinere non valet.*
 163 *Feudi successio à domini concedentis voluntate pendet.*
 164 *Vasallus inter pares ejusdem curiae, officio iudicis fungitur.*
 165 *Filia vasalli armis adueta, & militia dedita, in feudum succedere nequit.*
 166 *Lex de quibus rebus constituitur.*
 167 *Filia in feudum non succedit, etiam si feudum generaliter primo acquirenti, & ejus hereditas fuerit concessum.*
 168 *Appellatione heredum in feudis qui intelligantur.*
 169 *Faemina à feudi successione excluditur, licet illud alicui, & heredibus ejus quibuscunq; datum fuerit.*
 170 *Dictio, quibuscunq; ad personas habiles restringenda est.*
 171 *Quod feudum dicatur hereditarium, secundum communem opinionem.*
 172 *An filia succedat in feudum francum.*
 173 *Generali regula inhaerendum, donec ejus exceptio doceatur.*
 174 *Quibus casibus etiam faemina ad feudi successionem admittantur.*
 175 *Vnius alteriusve casus exceptio, est reliquorum omnium casuum inclusio.*
 176 *Et si feudum francum in eo, quod à servitio liberum est, à communi feudorum natura recedit: eandem tamen in ceteris retinet.*
 177 *Extraordinaria juris feudistici capitula, quam auctoritatem obtineant.*
 178 *Servire feudum quid sit.*
 179 *Vbi plures sunt dispositionis alicujus causa, cessante ea, quae inter illas est potissima, etiam dispositio cessat.*
 180 *Ejus, quod principale est, ratio habetur: non item ejus, quod vnit in consequentiam.*
 181 *An faemina patri suo succedat in feudum, pro quo servitium ejusmodi est praestandum, quod faemina non minus decenter, quam masculus, explicare posset.*
 182 *Ecquid mulier in feudo emptio succedat.*
 183 *Feudum in una sui parte alteratum, in ceteris suam retinet naturam.*
 184 *Feudum ligium unde dictum, & an ad filiam sit transitorium.*
 185 *Ligii vasalli & persona & bona an potestati domini subiecta.*
 186 *Num filia liberi masculi in feudum succedere valeant.*
 187 *Radice infecta, infectum etiam putatur omne id, quod ab ea descendit.*
 188 *Successor melioris conditionis esse non debet, quam ipse antecessor.*
 189 *Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet.*
 190 *Suprogatum sapit naturam ejus, cuius in locum suprogatum est.*
 191 *Successiones non fiunt per saltum, sed ordine iuris servato.*
 192 *Destrueto antecedente, destruitur & consequens.*
 193 *In successione fideicommissi si mater excluditur, exclusus quoq; censetur ipsius filius, ex matris personam succedere volens.*
 194 *Verum faemina semel per masculum à successione feudi remota, per etiam exclusam mansat.*

- 195 Referuntur Doctores, qui in propositâ questione affirmativam opinionem probant.
- 196 Recitatur catalogus Interpretum, contrariam negantem sententiam defendentium.
- 197 A traditione communi, solidius rationibus suffulta, in iudicando minimè recedendum.
- 198 Interpretatio tit. 6. Episcopum vel Abbatem, &c. §. quinetiam. lib. 1. feudor.
- 199 Qua sit vis & potestas vocis, ulterius.
- 200 Qualitas adjuncta verbo, quatenus secundum tempus verbi exaudiri debeat.
- 201 Explicatio dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud.
- 202 Remoto subiecto, removetur etiam necessariè ejus adjunctum.
- 203 Quicumque in defectum alterius vocatur ad successionem: is, succedente eo, cujus in locum vocatur, in tantum excluditur, ut postea nunquam amplius admittatur.
- 204 Quicquid sub conditione datur, sub contrariâ conditione non dari intelligitur, & contrâ.
- 205 Ablativorum absolutorum natura & proprietates: & n. 214.
- 206 Qui aliquo modo à successione excluditur, is nullâ ratione ad eam admittitur amplius.
- 207 Ius semel extinctum, amplius haud reviviscit.
- 208 Fœmina, qua vigore statuti per masculum à successione bonorum semel fuit remota, licet deinde masculus ille fuerit mortuus, tamen ad successionem amplius non admittitur.
- 209 Vnumquodque ad naturam suam facile revertitur: & num. 241.
- 210 Non satis est, verum dicere: sed simul contraria refellere oportet.
- 211 Sine juris, auctoritate nihil affirmandum: & n. 93. & 353.
- 212 Particula quinetiam & quinimò, augmentativa est, & ampliativa.
- 213 Dictio etiam suâ naturâ casum magis dubium implicat, eumque similiter decedit.
- 214 Duo ablativi absolutè positi conditionem inducunt.
- 215 Conditionis natura quæ sit: & num. 136.
- 216 Enucleatur textus in tit. 8. §. filia verò. lib. 1. feudor.
- 217 Deficere in successionis materiâ qui dicantur.
- 218 Declaratur textus in tit. 17. vers. non enim patet. lib. 2. F.
- 219 Dictionis donec vis & proprietates.
- 220 Vnusquisque sibi & suis heredibus potius, quam extraneo paciscendo prospexisse videtur.
- 221 Pactum quid sit.
- 222 Conditione deficiente perinde est, ac si dispositio facta non fuisset.
- 223 Quocumque in gradu masculus existit, fœmina in successione feudi præferitur.
- 224 Dispositio quavis ita accipi debet, ne sit otiosa: sed ut semper aliquid operetur.
- 225 Item intelligenda est secundum disponentium mentem & voluntatem, sive expressam, sive tacitam.
- 226 An succedendi ius illius, qui propter alium in medio existentem, à successione removetur, tam diu suspensum esse censetur, donec alius succedendi casus contigerit.
- 227 Incertum per aque incertum probari non potest.
- 228 A speciebus disparatis necessariè ad alias species haud infertur.
- 229 Exclusio facta dici nequit, nisi ubi inclusio præcessit.
- 230 Quatenus beneficium à Principe concessum, perpetuè intelligatur tributum, & plenissimè sit interpretandum.
- 231 Regula (cessante causa, cessat effectus) quando non procedat.
- 232 Fœmina non ex naturâ feudorum, sed ex gratiâ domini concedentis, interdum in feudum succedunt.
- 233 Quoties quid specialiter contra subiecta materia naturam cautum est, contrahentes juri, rei, quæ de agitur, naturali indoli se conformasse censentur.
- 234 Fœmina semel ob masculi defectum, ad feudi successionem admissa, quamdiu vivit, feudum retinet, etiamsi postea masculus aliquis nascatur.
- 235 Quod alicujus factum est, id ei invito auferri non potest.
- 236 Ius semel acquisitum, perpetuum esse existimatur.
- 237 Multa fieri impediuntur, qua tamen facta tolerantur.
- 238 Actus consummatus non vitatur, licet eum in casum deveniat, à quo incipere non potuisset.
- 239 Contrariorum eadem disciplina & ratio.
- 240 Sententia vera tit. 17. lib. 2. feudor.
- 241 Regula (unumquodque, facile ad naturam suam reverti) quando militet.
- 242 In quibus casibus regula (ea, quæ initio valeant, si postea in eum perveniant casum, à quo inchoari nequeunt, vitari) locus relinquatur.
- 243 Qui in utero sunt, quoties de eorum commodo queritur, pro jam natis habentur.
- 244 De successione liberorum legitimorum tantum.
- 245 Liberi legitimi tantum qui dicantur.
- 246 Adoptio naturam imitatur.
- 247 Liberi legitimi tantum, sunt vel adoptivi, vel arrogati.
- 248 Tales liberi an & quatenus patri adoptivo succedant.
- 249 Nihil tam naturale est, quam ut eo quodque modo solvatur, quo colligatum est.
- 250 In successionum ab intestato materiâ, non patria potestas, sed solum ius cognationis naturalis spectatur.
- 251 Ius sanguinis nullo jure civili dirimitur.
- 252 Duplex vinculum simplici fortius ligat.
- 253 Nemo duos patres habere, nec duplicis successionis commodo gaudere debet: nisi diversis respectibus.
- 254 Arrogati quomodo succedant.
- 255 Iure feudali liberi tantum legitimè nati succedunt, adoptivi non aequè.
- 256 Quatenus adoptivus, itemque arrogatus, ad feudi successionem admittatur.
- 257 Princeps in præjudicium agnatorum nihil statuere potest.
- 258 Quando feudum ad dominum redeat.
- 259 Qua indulgentia Principis probetur.
- 260 Memorantur exempla, quibus docetur, etiam adoptatos regni successores extitisse.
- 261 Filius adoptivus an in emphyteusi Ecclesiasticâ succedat.
- 262 De successione liberorum naturalium tantum.
- 263 Liberi naturales tantum, qui appellantur.
- 264 Hi liberi an & quatenus patri succedant.
- 265 Nepotes vel pronepotes naturales, à successione avi vel proavi paterni prorsus excluduntur.
- 266 Concubinitus licet per leges nomen assumpserit: tamen aliquod vitium in se continet.
- 267 Filii naturales sive bastardi arma & insignia familia non ferunt.
- 268 An filii, ex diversis concubinis progeniti, patri succedere possint.
- 269 Liberi naturales ad matris, etiam illustis, bona unâ cum legitimis liberis pariter admittuntur: adeo, ut testamento neglecti querelam inofficiosi habeant.
- 270 Liberis naturalibus alimenta ex bonis paternis debentur, ex tantibus liberis legitimis.
- 271 Liberi naturales per subsequens matrimonium (etiam in articulo mortis contractum) legitimari, cum liberis reliquis per omnia parentum hereditate gaudent.
- 272 Et substitutum, in casum non existentium liberorum legitimorum & naturalium, excludunt: & statuto, fœminas excludente, masculis legitimè natis existentibus, comprehenduntur.
- 273 Virum matrimonium intermedium impediât legitimationem prolis per subsequens matrimonium.
- 274 Extremorum habilitas sufficit.
- 275 Impedimentum causatum facto hominis, superveniens medio tempore, extrema conjungi non impedit.
- 276 Lege non distinguente, nos nos distinguere debemus.
- 277 Subtilitas nimia à consulentibus & judicantibus fugienda.
- 278 Quatenus in legitimatione affectio concubinaria continuata, sit transmutanda in maritalem: item quatenus appellatione nuptiarum veniant tantum prima.
- 279 An & quatenus per subsequens matrimonium legitimatus, jure primogenitura gaudeat, remissivè.
- 280 Legitimari per rescriptum Principis, quando succedant suis parentibus.
- 281 Ad hanc legitimationem qua requirantur.
- 282 Nunquid si pater (legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem factâ) uxorem ducat, & ex ea liberos legitimos suscipiat, legitimitas revocetur, & irrita fiat.
- 283 Qua ritè constituta sunt, durant: licet postea extiterit casus, à quo initium capere non potuerunt.
- 284 Filium temporalem habere nemo potest.
- 285 Quod perfectum est, ex post facto irritum fieri non debet.
- 286 Legitimitas per subsequens matrimonium non fit irrita, tametsi postea patri liberi legitimi nascantur.
- 287 Natiuitas liberorum legitimorum non est modus solvenda patriæ potestatis.
- 288 Redarguitur Tiraquellus.
- 289 Legitimationis effectus censetur patriæ potestas.
- 290 Liberi rescripto legitimati, nihil à legitimis liberis differre dicuntur.
- 291 Naturales liberi per istum legitimationis modum & natura, & ingenuitati, & juri legitimo restituantur.
- 292 Pœna est delicti vindicta.
- 293 Sine lege loqui erubescimus: & n. 211.
- 294 Legitimitas per Imperiale rescriptum fieri nequit, si pater iustos liberos habeat.
- 295 Factum legitimè retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.
- 296 Furor contracta sponsalia, vel matrimonium non dissolvit.
- 297 Cæcus ceptum ante cæcitatem magistratum retinet.
- 298 Regula (quod ea, quæ ab initio constituta sunt, irrita fiant, cum eum in casum recidunt, à quo incipere non potuerunt) in quibus casibus obtineat.
- 299 In servitutis promissione quando perfectè servitus constituitur.
- 300 Regula (factum legitimè retractari non debere, &c.) in quibus speciebus procedat.
- 301 Ius filiationis separatum à jure successionis.
- 302 Num agnatorum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri sunt, consensus ad legitimationem, qua fit per Imperiale rescriptum, desideretur.
- 303 Ad adoptionem non requiritur agnatorum & cognatorum consensus.

- 304 Ius in spe non est considerabile.
 305 Verum liberi naturales per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum legitimi, comprehendantur statuto excludente feminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis.
 306 Legitimitas per rescriptum Imperiale, odiosa iudicatur, liberis naturalibus & legitimis existentibus.
 307 An liberi naturales, etiam legitimis extantibus, ab Imperatore interdum legitimentur.
 308 Rescriptum Principis ita accipiendum est, ut aliis non prajudicet.
 309 An spurii & ceteri, ex illicitis conjunctionibus orti, rescripto Principis legitimi possint.
 310 Spurius lex divina detestatur.
 311 Ecquid concubinitus nostro seculo sit conjunctio illicita, ita ut liberi ex ea progenerati, spurii connumerari debeant.
 312 Adulterii poena qua sit.
 313 De adulterio transigi non potest.
 314 Liberi naturales nominatione suorum legitimi efficiuntur.
 315 Verum naturales filii, per subsequens matrimonium legitimi, in feudis succedant.
 316 Distinctio quorundam inter veritatem practicam & theoreticam.
 317 Non tam verba legum, quam vis & potestas earum attendenda.
 318 Quotiescunque casus aliquis feudorum placitis non est expresse decisus, eius decisio ex iure communi petenda est.
 319 Accurata explicatio c. 1. §. naturales, si de feudo defuncti content. sit inter dom. & agnat. vas. tit. 26. lib. 2. F.
 320 Impium est, de viventis hereditate sollicitum esse.
 321 Qui legitimi fieri dicantur.
 322 Responsio ad quorundam objectionem.
 323 Compilatores juris feudarii haud dubie cognitionem juris Romani habuerunt.
 324 Iura canonica in usum prodierunt post consuetudines feudorum.
 325 Quis Episcopus eligendus.
 326 In dubio juris sermone qua admittenda interpretatio.
 327 Statutum loquens de legitime natis, etiam per subsequens matrimonium legitimos complectitur.
 328 Dissolutio contrariorum argumentorum.
 329 Negato genere, omnes ejus species negata intelliguntur.
 330 Nulla patris vassalli ordinatio valet in feudis.
 331 Intellectus Novell. 89. c. 4.
 332 An filius naturalis, subsequenti matrimonio legitimatus, vel etiam ante legitimationem, integra fama & existimationis esse censeatur.
 333 Vassallus inuitis agnatis feudum alienare non potest.
 334 Bona feudalia necessaria restitutioni subjacent.
 335 Qua restitutioni subjacent, ad alium transferri non possunt.
 336 An & quatenus una determinatio duo determinabilia aequaliter determinet.
 337 Spurii qui vocentur.
 338 Spurii non patri, sed matri cum legitimis liberis recte succedunt.
 339 Excipitur mater illustris, alios liberos ex iustis nuptiis susceptos habens.
 340 Argumentum à contrario sensu, in iure est fortissimum & frequentissimum.
 341 In loco eminentiori positi delinquentes, majori poena digni.
 342 Spurii ad illustris avia, aviaq; materni hereditatem non admittuntur.
 343 Num filia spuria dos à patre debeatur.
 344 Dos & alimenta aequiparantur.
 345 Alimenta iure canonico debentur spuriiis.
 346 Liberi, ex damnato coitu procreati, qui dicantur.
 347 Isti liberi neque patri, neq; matri succedere queunt: iis tamen quadam alimenta debentur.
 348 An damnatus censeatur coitus, si maritus, ex soluta muliere prolem susceperit.
 349 In materia peccati iuri canonico standum.
 350 Ecquid liberi, ex damnatis complexibus progeniti, etiam à successionem transversalium, & contra, transversales ab eorum successionem excludantur.
 351 Fundamento sublato, edificium corruiere necesse est.
 352 Successio defertur ordine successivo.
 353 Sine lege nihil asseverandum.
 354 Mens & sententia l. 2. & l. 4. ff. unde cognati.
 355 Spuriorum vocabulum generale, proprie de vulgo quassim intelligitur.
 356 Verba proprie, & secundum communem loquendi usum accipienda.
 357 Successiones juris sunt civiles.
 358 Poenalia iura restringi, & favores ampliari convenit.
 359 Cessante causa, cessat effectus.
 360 Poena suos auctores debent comitari.
 361 Liberi incestuosi & nefarii licet de iure civili alimentis indigni iudicentur: iure tamen canonico iis alimenta, à parentibus praestantur.
 362 Legatum, alimentorum nomine incestuosus liberis à patre reli-

ctum, iure canonico valet: etiamsi testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquare.

- 363 Pater est debitor alimentorum necessarius.
 364 Legata sunt interpretanda ex conditione legatarum.
 365 Clausula (omni meliori modo & via, &c.) etiam testamento non inserta, subintelligitur.
 366 Ascendentes siue parentes qui intelligantur.
 367 Hi quomodo & quando suis liberis succedant.
 368 Ius representationis in ascendentium serie locum non habet: & num. 92.
 369 Hereditas magis descendentibus, quam ascendentibus, debetur: huiusq; elegans ratio.
 370 Pater vel avus paternus filio nepotivè intestato defuncto, qui erat in potestate, una cum matre, avovè materno succedens, prater suam portionem, quam pleno consequitur iure, etiam usumfructum obtinet, donec vixerit, ejus portionis, qua matri vel avo materno delata est.
 371 Consideratio Novell. 118. c. 2. §. si verò, &c.
 372 Num pater & mater, ceteriq; majores diversa linea in gradu patres, aequaliter in omnia bona succedant: siue hac bona à patre, siue matre ad filium pervenerint.
 373 Hereditas omne ius, quod defunctus habuit, complectitur.
 374 Indefinita oratio, à lege prolata, universali aequipollet: & num. 70.
 375 Lex generaliter & indistinctè loquens, generaliter indistinctè accipienda.
 376 In delatione hereditatis quid spectetur.
 377 Intellectus genuinus l. quod scitis. 3. vers. si autem. C. de bonis qua liberis, &c.
 378 Intellectus §. 1. supr. per quas person. cuiq; acquirit.
 379 Verum ascendentes in bonis feudalibus, liberis suis succedere queant.
 380 Quid inter dominum & vassallum in primâ investiturâ videatur actum.
 381 Quibus casibus parens defuncto suo filio in feudum succedat.
 382 Primus casus.
 383 Secundus casus.
 384 Tertius casus.
 385 Quartus casus.
 386 Si cum ascendentibus defuncti fratres & sorores à quibuscumq; concurrant, quomodo inter eos hereditas dividenda.
 387 Fratrum & sororum praedefunctorum liberi, utriusq; conjuncti, cum ascendentibus, ob ius representationis, in stirpes vocantur.
 388 An defuncti frater utriusq; conjunctus, avo suo praferatur.
 389 Proximus gradu quis dicatur.
 390 Mater ad secundas nuptias procedens, eorum, qua ex paternâ substantiâ ad filium pervenerunt, usumfructum quidem consequitur; proprietatem verò amittit.
 391 Ecquid idem ad patrem, ad secunda vota convolantem, sit porrigendum.
 392 Nova nuptia & bona & animum & vitam suam, novis maritis addicere praesumuntur.
 393 Mater filio suo impuberi tutorem non petens, ab ejus hereditate removetur.
 394 Idem est, si turpem ac luxuriosam vitam elegeris.
 395 De successionem parentum adoptivorum.
 396 Quomodo parentes succedant filiis naturalibus tantum.
 397 Iura successionum correlativa siue reciproca esse solent.
 398 Correlativorum idem est ius, & doctrina.
 399 Parentes naturales quomodo filiis suis legitimis succedant.
 400 Mater, cum semper certa sit, filiis vulgo quassim succedit: non item pater.
 401 Parentes, qui liberos ex damnatâ consuetudine susceperunt, eorum successionem prorsus indigni iudicantur.
 402 Transversales siue collaterales qui appellentur.
 403 Fratres ac sorores, defuncto ex utroque parente conjuncti, reliquis omnibus, ab uno latere venientibus, praferuntur: exceptis solis fratrum sororumque liberis.
 404 Iure feudali frater consanguineus una cum fratre utriusque juncto succedit.
 405 Agnationis solius in usibus feudorum ratio habetur.
 406 Demortui fratris filii una cum patruo succedunt in feudum paternum: & quidem in stirpes.
 407 Frater, fratri in antiquum feudum succedens, quomodo succedere dicatur.
 408 Verum id, quod dicitur, fratris filioscum patruo suo in defuncti patris feudum paternum succedere, non solum in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentiâ, itemque mixto procedat.
 409 Agnati quo respectu in paternum feudum succedant.
 410 Agnatus agnato defuncto in feudum novum omnino non succedit.
 411 An, & quibus casibus etiam novum feudum ad vassalli defuncti agnatos transeat.
 412 Casus primus.
 413 Casus secundus.
 414 Casus tertius.

- 415 Casus quartus.
 416 Casus quintus.
 417 Natura cuiusq. feudi, pacto investitura potest immutari.
 418 Quisq. rei sua legem dicere potest.
 419 Donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio.
 420 Illud etiam, quod est novum, quandoq. habetur pro antiquo.
 421 Num pactum istud, ut feudum novum censeatur jure paterni feudi, rei veritatem immutet.
 422 Ecquid duorum pluriumve fratrum filii, numero diversi, soli existentes, defuncto patruo suo in stirpes, an in capita succedant.
 423 Fratrum filios solos in capita succedere, etiam in feudis, qui interpretes censuerint.
 424 Textibus, jure novissimo specialiter non correctis, merito statuitur.
 425 Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter dividenda.
 426 Quando divisioni in stirpes sit locus.
 427 Sensus & expositio Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto, &c.
 428 Intellectus d. Novell. 118. cap. 3. vers. unde consequens, &c.
 429 Intellectus dicti cap. 3. v. illud palam est, &c.
 430 Intellectus d. c. 3. v. hujusmodi verò, &c.
 431 Particula tunc extremitatem temporis significat.
 432 Enodatur d. Novell. 118. vers. si verò neque fratres &c.
 433 Consideratur §. cum filius, 6. hoc tit.
 434 Ecquid unius & ejusdem hominis hereditas modo in stirpes, modo in capita dividi queat.
 435 A separatis nihil valde infertur.
 436 Consideratio & sensus Auth. cessante. C. de legit. heredib.
 437 Duorum fratrum liberi, si soli sint, etiam patruo suo magno in capita succedunt.
 438 Fratres legitimi tantum, item naturales tantum, & ex conjunctione damnata nati, an & quatenus mutuo successione jure utantur.
 439 Quomodo succedatur, si defunctus fratres sororesve utringq. conjunctos conjunctasve non reliquerit.
 440 Fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrentes, quomodo ad hereditatem vocentur.
 441 Quomodo succedendum sit, si defunctus fratrem consanguineum, & uterinum reliquerit.
 442 Correctio est odiosa, adeoque vitanda.
 443 Omissum à legibus, pro omisso habendum est.
 444 Ea opinio verior presumitur, quæ à majori Dd. parte approbatur.
 445 Communis opinio vim consuetudinis obtinere dicitur.
 446 An fratres utringq. conjuncti excludant fratres, ex altero tantum parente junctos, in successione nepotis ex fratre prae defuncto.
 447 Priores in gradu, potiores sunt in successione: & pares in gradu pariter quoq. succedunt.
 448 Num frater patruelis, sive consobrinus utringq. conjunctus, praeferatur defuncti patruo aut avunculo ex uno latere conjuncto.
 449 Agnati & cognati hodie simul, nullo inter eos habito discrimine, succedunt.
 450 Proximiores agnati aut cognati, ultiores excludunt.
 451 Nulla hodie sexus differentia observatur.
 452 Collaterales omnes, prae fratres & fratrum filios, succedunt in capita.
 453 Persona duplici ratione defuncto conjuncta, duas hereditatis partes auferre potest.
 454 Quo casu duplex qualitas in unâ eademq. personâ concurrat, illa persona pro duabus personis reputatur.
 455 Una eademq. persona, diverso respectu censetur diverso jure.
 456 Sicut etiam una eademq. res, diversis respectibus diverso jure censetur.
 457 Dua qualitates in eadem personâ simul concurrentes, quarum qualibet per se suum potest operari effectum, sibi invicem non derogant.
 458 Exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta utriusque Collegii obligatur.
 459 Contrariorum eadem ratio & disciplina.
 460 Sententia l. si ita scriptum. 13. ff. de liber. & posthum.
 461 Quando pluribus eadem quantitas promittitur: pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est.
 462 Item quando pluribus eadem res in testamento legata est: ad partes viriles rei legata vocantur.
 463 Argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel contra, jure receptum est.
 464 Res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles.
 465 Quando duæ sunt obligationes parvis potestatis: non potest altera consumi per alteram.
 466 Quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus deferatur causis: toties lucri multiplicatio contingere potest.
 467 Accurata explantio Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. heredib. & Nov. 118. c. 3. §. si verò neque fratres, &c.
 468 Frater germanus quis dicatur, quis item consanguineus, & uterinus.
 469 Fictio non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit.
 470 Duplicitas vinculi quatenus ultra fratres fratrumque filios non sit consideranda.
 471 An & quatenus dua causæ lucrativæ in unâ eademque personâ, eodem tempore concurrere possint.
 472 Ecquid collateralium successio decimo gradu sit circumscripta.
 473 Explicatio §. final. infr. de success. cognator.
 474 Cognati hodie in successione exaquali sunt agnatis.
 475 In feudis etiam omnes, qui gradus proximitatem docere queunt, succedunt in infinitum: at collaterales in bonis damnatorum non succedunt.
 476 Coniuges quando sibi invicem succedant.
 477 Consortem consorti, fisco excluso, succedere constat.
 478 Consortes qui appellentur.
 479 Coniuges sanguine invicem conjuncti, quomodo succedant.
 480 Virum & quatenus, matrimonio sine dote contracto, superstes conjunx, inopiâ laborans, unâ cum liberis prae defuncto diviti succedat.
 481 Pacta dotalia, bonis moribus non repugnantia, observari debent.
 482 Nunquid portio illa, quæ coniugi superstiti debetur, per testamentum alterius conjugis auferri possit.
 483 Legitimam parens sine causâ iustâ liberis testamento detrachere nequit.
 484 Quatenus uxor, pro consequendâ quartâ totius substantiæ, bona à marito alienata revocare valeat.
 485 Si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere: an idem obtinere debeat in uxore.
 486 Statuta stricti sunt juris, eorumque verba ad literam accipienda.
 487 Statutum in uno ex correlativis disponens, & in alio disponere censetur.
 488 Verum socer ad nurus suæ hereditatem, fisco excluso, admittatur.
 489 Soceri, vitrici, noverca, privignique nomina ex matrimonio derivantur.
 490 Successio privigni non debetur vitrico: quemadmodum nec hereditas novercæ debetur privigno.
 491 Jure Württembergico quomodo conjunx superstes defuncto succedat.
 492 An & sponsa, reliquis successoribus deficientibus, sponso succedat.
 493 Nuptias non concubitus, sed consensus facit.
 494 Sponsus, non consummato matrimonio, accusationem adulterii instituere potest.
 495 Donatio inter virum & uxorem prohibita, etiam inter sponsum & sponsam prohibita judicatur.
 496 Commodum sequi debet eum, ad quem incommodum pertinet.
 497 De successione fisci.
 498 Fiscus unde nomen habeat.
 499 Fiscus quid significet.
 500 Fiscus olim ab arario distinctus.
 501 Fiscus quatenus ad vacantia defuncti bona admittatur.
 502 Hereditates, quæ filiis reorum per duellionis deferuntur, cui applicentur.
 503 Quibus ex causis bona alicui, ut indigno, auferantur; remissive.
 504 An tutor pupillo, sine cognatis defuncto, succedat.
 505 Legitima hereditas solâ lege defertur.
 506 Hereditas extraneis datur testamento: non item ab intestato.
 507 Nutritor puero, quem gratis educavit, non succedit.
 508 Tutor gratis administrare tutelam tenetur.
 509 Mens & intellectus l. quo tutela. 73. ff. de reg. iur.
 510 Quatenus fiscus, post agnitionem bonorum, teneatur creditoribus.
 511 Verum fiscus, in bona vacantia succedens, legata & fideicommissa testamento vel codicillis relicta, prestare cogatur.
 512 Regula (si nemo hereditatem adiit, nihil in testamento scriptum debetur) quando officium suum perdat.
 513 Quibus juris remediis hereditatem, ab intestato sibi delatam, quispiam consequi possit.
 514 Si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, num in alienas manus (In andere Hände) pervenisse censeatur.
 515 In contractibus magis voluntas contrahentium, quam verba, consideranda.
 516 Contractus regulariter ad & contra heredes transeunt.
 517 Notariorum clausula, in instrumento heredum mentionem faciens, superflua videtur.
 518 Qualibet pactio reputatur in dubio realis, sicque transitoria ad heredes.
 519 Contrahentes & sibi, & suis heredibus prospexisse presumuntur.
 520 Defunctus & heres habentur pro unâ eademque personâ.
 521 In pactis & stipulationibus verba dubia contra stipulatorem interpretanda.

- 522 Alienatio, qua fit per successionem legitimam, non est hominis sed legis.
- 523 Mors omnibus necessaria.
- 524 Filius liberta succedit matri, in re alienari prohibitâ extra liberorum familiam.
- 525 Prohibitâ alienatione per legem, aut per hominem, successio legitima prohibita minime intelligitur.
- 526 Quibus modis aliquis ab intestato succedere dicatur.
- 527 An pupillus, furiosus, &c. intestatorum appellatione in statutis contineantur.
- 528 Num & is dicatur intestatus, qui testamentum facere non potuit.
- 529 In statutis communis loquendi usus observandus.
- 530 Omnis hereditas defertur aut ex testamento, aut ab intestato.
- 531 Statutum odiosum, in benigniorem partem accipiendum.
- 532 Principalis ratio statuti semper consideranda.
- 533 Voluntatem suam secundum leges moderari quisq; praesumitur.
- 534 Verba statuti in propria significatione accipienda.
- 535 An is, qui codicillos fecit, testatus decessisse putetur.
- 536 Hereditas codicillis non datur, nec adimittitur.
- 537 Paria sunt; aliquid omnino non fieri, vel minus rite & solenniter fieri.
- 538 Testamentum quomodo rumpatur, vel irritum fiat.
- 539 Heres caput ac fundamentum totius testamenti.
- 540 In dubio quis praesumitur intestatus decessisse.
- 541 Qua in facto consistunt, non praesumuntur.



Utilitas, de successione legitimâ sive ab intestato, tractatus, cujus interpretationem (Christo duce, & auspice Christo) aggredior, non eget commendatione. Ipse enim (ut Ulpianus de Titulo Pandectar. de in integrum restitutionib. scribit, in l. i. ff. eod. t.) se ostendit.

- Nam nulla penè juris civilis materia reperitur, quæ tam crebrò in foro occurrat & ventiletur, quæque tam multiplicem habuerit mutationem ac varietatem, quàm præfens, de hereditate legitimâ materia; quæ tota in pluribus quasi reformata est, ut constat ex Novell. 118. & ex inferius dicendis luculentius apparebit. Cùm igitur hujus materiæ usus frequens & quotidianus, atque ob id perfectior ejus cognitio prorsus necessaria, & maxime fructuosa sit, arg. l. legavi. 25. ff. de liberat. legatâ, l. 1. in pr. ff. de suspect. tut. & similium allegatarum supra ad §. fera. 12. num. 6. de rer. divis. &c. operæ curæque pretium me facturum existimo; si priusquàm textum tituli suscipio explicandum, de ratione ordinis sive continuatione, aliisque nonnullis eo pertinentibus; deinde de sententiâ juris novissimi (quod, recis omnibus antiqui variique juris ambagibus & sinuosis anfractibus, certum aliquem & simplicem succedendi ordinem breviter præscribit) more aliorum Interpretum, verba fecero. Ratio autem ordinis pendet ex §. ult. f. tit. per quas personas cuique acquiritur, ubi expressum est, duplicem esse conditionem hereditatis. Velenim defertur ex testamento, quæ testamentaria; vel ab intestato, quæ legitima & iusta appellatur. l. legitimam. 8. ff. de petit. heredit. l. 3. §. 2. ff. pro socio. l. 2. §. legitima. 4. ff. de suis & legit. heredit. l. 2. §. 1. vers. mater enim ff. qui petant. tutor. vel curat. l. in plurimum. 70. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. quod autem. 6. §. 2. ff. qua in fraud. creditor. facta, &c. l. si curatoris. 9. C. de jure deliberandi. Et quia in præcedenti libro (à titulo nimirum. 10. de testament. ordinand. usque ad tit. 20 de legat.) de hereditate testamentariâ, id est, eâ, quæ ex testamento ad nos pertinet, expositum est: restat nunc, ut & de legitimâ, hoc est, de eâ, quæ solâ lege ab intestato obvenit, agatur. Unde legitimi dicuntur heredes, quibus ex solius legis dispositione hereditas defertur. l. 2. §. ult. ff. unde legitimi. d. l. 2. in princ. & tot. tit. ff. de suis & legit. hereditibus. Et quanquam lege quoque obvenire eâ hereditas dicitur, quæ ex testamento defertur: quia lege XII. Tabular. testamentariæ hereditates confirmantur, l. lege obvenire. 130. ff. de verbor. significat. id tamen non fit immediatè & principaliter, sed latè sive mediatè & per consequentiam, nempe per voluntatem hominis testamento declaratam. Quâ de re copiosè & variè disputant Donell. lib. 9. Comment. de jure civ. cap. 1. circa princ. ibiq; ejus Enucleator Hilliger in suis notat. ad lit. C. Alciat. & Gædd. ad d. l. lege. 130. num. 3. & seqq. ff. de verbor. signif. idem Alciat. lib. 4. paradox. c. 7. Borch. in tract. de gradib. c. quotuplex sit hereditas. pag. 151. Nicol. Bellon. lib. 3. supputat. jur. c. 7. Pinel. ad l. 2. num. 7. C. de bon. mater. Valent. Forster. in

tract. de successionib. ab intestatilib. 1. cap. 17. num. 14. & multis seqq. Guilhelm. Forster. lib. 3. disp. 15. th. 3. Fachinam lib. 6. controversiar. jur. cap. 41. Arumans Exercitat. Justin. 11. th. 2. Vultejus hic num. 1. & Heigius cap. 2. num. 8. cum seq. Henningus Wegnerus disp. 9. ad Institut. th. 1. lit. b. Timans Faber disput. 21. ad Institut. Imperial. th. 2. Zabelius Exercitat. feud. 6. conclus. 1. lit. a. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quaest. 1. & in resolut. ad vol. 2. Trentler. Disput. 16. th. 1. lit. B. quaest. 3. & 4. pag. 190. cum seq. & ibid. Bachovius in suis not. pag. 983. Ungepaar exercit. Justin. 9. q. 2. pag. 384. & seq. edit. ult. aliq; ab istis allegati. Atque prædictum ordinem, ut videlicet prius de hereditate ex testamento, & posterius de hereditate ab intestato explicetur, ipsa lex XII. tabularum proposuit, eamque Prætor in edicto est secutus, l. 1. ff. si tabula testament. nulla extabunt. ac proinde eundem ordinem & Jurisconsulti in suis libris, ut Ulpianus in lib. regular. ut Paulus in lib. sententiar. &c. & Imperatores, ut Theodosius in C. Theod. & Justinianus in tribus suis libris, Inst. ff. & C. rectè sunt secuti, tam in hereditatibus, quam in tutelis & bonorum possessionibus explicandis, l. si quis sub conditione. 11. ff. de testament. tutel. d. l. 1. ff. si tabul. testament. nulla extab. & docet hic D. Giphanius. Cur autem prius de causa testati, & posterius de causa intestati differatur, tam jure civili, quàm Prætorio, ratio satis perspicua est, quàm & supra initio t. de testament. ord. attigimus: quia quamdiu speratur heres ex testamento, cessat successio legitima sive ab intestato. l. quamdiu. 89. ff. de reg. jur. l. quamdiu. 39. ff. de acquir. vel omit. heredit. & l. antequam. 8. C. communia de successionibus.

Porrò ad hunc titulum, & proximè subsequentes quod attinet; eorum hic est ordo, ut pro gradibus successionis tituli ordine disponantur. Facit verò tres Imp. Justinianus gradus seu ordines: liberorum sive suorum: agnatorum seu legitimorum: ac cognatorum. Et ad primum quidem gradum spectat hic primus titulus. Quamvis enim is universæ hereditatis ab intestato explicationem polliceri videatur: sub eo tamen de liberorum duntaxat successione tractatur: adeoque plus est in rubro, quàm in nigro, uti loquuntur: & inscriptio generalior est, quàm quæ subjæctæ materiæ conveniat, ut bene Antonius Matthæus hic animadvertit. Ad secundum, agnatorum scilicet, gradum seu ordinem pertinet, titulus secundus, tertius, & quartus. Ad tertium, cognatorum nempe ordinem, pertinet titulus quintus, sextus & septimus, id est, ultimus hujus tractationis de hereditatibus ab intestato ingenuorum. Siquidem de libertorum hereditatibus separatim agitur infra tit. 8. de successione libertor. Cæterum cur universam hereditatis, tum testamentariæ, tum legitimæ materiam, Justinianus non fuerit uno eodemque libro complexus, videtur ideo factum esse: ut libri omnes numero titulorum sibi invicem fermè responderent; hoc est, ut omnium eadem propemodum crassitudo esset: quod non erat futurum, si omnes acquirendi modi in unum & eundem librum compacti fuissent, monente hic Anton. Matthæo.

Quia verò ex modò dictis manifestum est: hereditatem tantum testamento nobis deferri, vel ab intestato. d. §. ult. sper quas person. cuiq; acquiritur. l. 1. ff. de petit. heredit. necessariò inde sequitur: pactis, contractibus aut conventionibus, tanquam contra bonos mores initis, eandem jure nostro civili deferri dativè non posse, per textus apertos in l. cum donationis. 34. in fine. C. de transactionibus. l. pactum quod dotali. 15. & l. fin. C. de pactis l. hereditas. 5. C. de pactis convent. tam super dote. &c. l. donari. 29. ad finem. ff. de donationibus. l. si quando. 35. §. 1. C. de inoffic. testament. l. ult. ff. de suis & legit. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verbor. obligat. l. ex eo. 4. C. de inutilibus stipulat. & l. pactum dotali. 3. C. de collationibus. Ejus autem, cur pacta seu conventiones istiusmodi de futurâ alterius viventis hereditate, bonis moribus contrariæ videantur, atque hinc prohibeantur, rationes potissimum tres afferuntur. I. est: quia pacta ejusmodi plena sunt tristissimi & periculosi eventus; atque adeò votum captandæ mortis alicujus in se continent, d. l. fin. C. de pact. l. de fideicommissis. 11. C. de transactionibus. II. Quia liberam testandi facultatem auferunt, l. cum duobus. 52. §. idem respondit. 10. ff. pro socio. d. l. pactum quod. 15. C. de pactis, ibique Bartol. Bald. Salicet. Iason & Donellus. contra I sub-

substantiam ultimæ voluntatis, quæ ambulatoria est, usque ad supremum vitæ exitum *l. cum hic status* 32. §. pœnitentiam. 3. ff. de donat. int. vir. & uxor. *l. quod si iterum*. 4. ff. de adimend. vel transfer. legat. *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles. Georgius Nattain repetit. c. quamvis. n. 92. de pact. in 6. & ibidem Ioannes Ramatus. n. 2. & seqq. Alvarott. ad c. 1. de filiis natis ex matrim. ad morganaticam contra-cto. in usib. feud. Franc. Sonsbec. in Comment. de feud. part. 9. n. 50. & seqq. Borcholt. de pactis. c. 5. n. 60. 67. & seqq. item in tract. de gradib. sub c. hereditas pactis, contractibus, &c. pag. 155. & seqq. Arumens Exercit. Instin. 11. th. 14. Bronchorst. cent. 1. c. vatio pavov, assert. 22. edit. 1. Forsterus Senior lib. 4. de successione. cap. 24. num. 5. & seqq. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 13. Gœddæus de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 7. num. 6. & seqq. Forsterus junior in tract. de pact. 12 c. 6. pag. 148. & seqq. III. ratio, eaque germana & genuina hæc perhibetur: quia jus succedendi dependet à jure publico, id est, ipsis legibus; sive de testamentariâ, sive de intestati successione agatur. Nam lex xii. tabular. non modò testandi licentiam civi Romano dedit; sed etiam hereditatum, heredumque ab intestato jura induxit. *l. testamenti*. 3. ff. qui testam. fac. poss. *l. verbis legis*. 120. & *l. lege obvenire*. 130. de verb. signif. Proinde vis & injuria fit legibus, non solum si testandi libertas pactione aliquâ constri- gatur: sed etiam si per pactum quis impediatur ab intestato ei succedere, cujus vel filius sit, vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum causa est in succedendo: si suus heres non sit, agnatus proximus habere familiam ju- betur. Atqui tritum illud & pervulgatum est: privatorum pactionibus juri publico derogari nec posse, nec debere. *l. ius publicum*. 38 ff. de pact. *l. Neratius* 20. in princip. ff. de religiof. & sumptibus fun. *l. 1. §. si inter* 9. ff. de magistratib. conveniend. *l. quod bonis* 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. *l. Cerdonem* 42. ff. de oper. libert. Igitur non magis fieri potest, ut va- leant pactiones de non succedendo, quam quæ sunt de suc- cedendo. *d. l. pactum dotal.* 3. *C. de Collationib. l. si quan- do*. 35. §. illud *C. de inoffic. testament. l. fin. ff. de suis & le- gitim. hered. latè Anton. Faber de error. pragm. decad. 12. err. 4. & decad. 14. err. 1. item Conjectur. jur. lib. 14. c. ult. Peregrin. de fideicommiss. art. 51. n. 24. Heigius part. 1. quest. 23. n. 8. & seqq. eosq. citans Caspar Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 29. quest. 1. & 2. Quos novissimè repre- bendit Hunnius d. lib. 3. tract. 1. quest. 17. Eadem de re vide- antur Regner. Bachov. Echt. in lib. uno disp. miscell. de variis jur. civil. materiis cap. 13. & vol. 1. disp. 6. th. 8. lit. a. Joh. Gœdd. d. Comment. d. contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 7. num. 62. & 106. Theod. Reincking. in tract. de regim. secul. lib. 1. clas. 4. c. 18. n. 1. Hen. Bocet. de jure suc- cedendi in feud. cap. 2. quest. 1. pag. 58. cum seqq. Hieron. Gabriel. consil. 537. num. 4. vol. 1. eosque citans Anton. Bullæus discurs. 6. de pacto affirmativo. conclus. 7. p. 393. Quibus etiam adjiciendus est Timæus Faber disput. 21. ad Instit. Imperial. th. 12. Georgius Frantzkiuse exercitat. jurid. 8. quest. 10. pag. 245. & seqq. itemque Iacobus Cancerius part. 3. var. resolut. jur. cap. 7. num. 127. cum seqq. fol. 175. 148 seqq. Huic sententiæ primò non obstat *l. 1. in pr. & l. ju- ris gentium*. 7. §. ait Prætor. 7. ff. de pactis. ubi dicitur nihil tam congruum esse fidei humanæ, quam ea, quæ inter ho- mines placuerunt, servare. Nam responsio ex *d. l. 7. §. 7.* evidenter patescit, ubi Prætor ait, se ea pacta servaturum, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, se- natusconsulta, edicta Principum, neque quo fraus cui eo- rum fiat, facta erunt.**

15 Secundò non resistit *l. 1. & l. cum proponas*. 16. *C. de pact. item l. de fideicommissio*. 11. *C. de transactionib.* ex quibus evincitur, pactiones super hereditate futurâ factas valere. Etenim hæc leges loquuntur de fideicommissariâ hereditate, de quâ pactiones factæ ideo valent; quòd improbabile vo- tum captandæ mortis alterius tollere existimantur, *d. l. de fidei commissio* 11. *C. eod.* Deinde in allegatis legibus non agitur de hereditate, vel alio jure viventis, sed de relicto conditionali, quod jam ex bonis defuncti recessit. Verùm istas tres leges explicatius enodas Borcholt. d. tract. de gradib. pag. 158. & seqq.

16 Tertiò non adversatur *l. licet*. 19. *C. de pact.* ubi pactum

de futurâ successione permittitur. Hæc enim lex disertè tractat de militibus sive commilitonibus, inter quos pactum de mutuâ & vicissitudinariâ successione toleratur, si eo tempore, quo ad discrimen prælii pergunt, factum fuerit. Et sanè valet ea dispositio, non ut pactum, sed ut testamen- tum militare: cum voluntas militum quoquo modo decla- rata, pro justo testamento habeatur, inquit tit. *f. de militari testament. l. 1. circa princ. ibi, ut quoquo modo testati fuissent, &c. ff. de testamento militis. Constant. Harmenop. lib. 1. Epi- tom. tit. 9. Vide Bolognet. & Ioan. Dauth. in repetit. l. fin. num. 21. C. de pact. eosq. referentem Hartman. Pistoris. lib. 4. quest. 1. num. 19. & quest. 2. num. 36.*

Quartò nihil movet *l. ult. C. de pact.* ubi duo aut plures, 18 ad quos hereditas tertii alicujus, eo mortuo, perventura sperabatur, pacti inter se sunt de hereditate ejus, certo mo- do dividendâ; & decidit Justinianus, pactionem hujusmo- di esse validam, si tertius ille consenserit divisioni, & in eo consensu usque ad extremum vitæ suæ spatium persevera- verit. Ea namque pactio idcirco valet, quòd ad eam ac- cessit voluntas ejus, super cujus hereditate pactio facta est, quæ postea toto vitæ tempore mutata non fuit. Et peri- culum captandæ mortis illi, qui pactionem istam suo con- sensu approbavit, planè minuitur; propterea quòd, si quid metuat à paciscentibus, ipsi evitare liceat, si teste- tur, se non amplius consentire. Quod facere non potest, qui pactum de suis bonis esse interpositum ignorat. Hinc prævisa minùs tela nocere solent. Gœdd. de contrah. & committ. stipul. d. c. 6. num. 100. Hunn. d. lib. 3. variar. re- solut. jur. civil. tract. 1. q. 14. ubi id explanatius persequi- tur.

Quintò non refragatur *l. ea verò*. 3. §. de illo queritur. 2. 19 ff. pro socio. ubi societas, quam duo coierunt de heredita- te futurâ, valet. Quandoquidem illic societas non de ali- cujus certi hominis hereditate vel successione, sed genera- liter hoc modo contracta fuit: *Si qua justa hereditas al- terutri obvenit, communis erit.* Hæc conventio nihil vitii habet: quia personæ certæ nomen non adscribitur; ac hominis incerti, quem ignoro, mortem captare non pos- sum, argum. §. incertus. 25. f. de legatis. Eaque de re videatur Donellus & Gilkenius num. 26. in *d. l. ult. C. de pact.*

Sextò nihil obest *d. l. juris gentium*. 7. §. penult. ff. de pact. 29 ubi patre adhuc vivo, filius de ejus bonis paciscitur. Quia ibi filius familias paciscens cum creditoribus paternis, ne to- tum, quod pater ipsis debet, petant; sed. rtâ tantum par- te crediti contenti sint, paciscendo non minuit bona parentis viventis, nec in alium transfert: sed potius bona exonerat, atque libera facit: proindeque id genus pacti sustinetur. Cæterum si diminueret bona parentis adhuc viventis; ut si quid promitteret ex bonis patris vivi, aut si quid donaret: nulla promissio, nullaque donatio esset, prædictâ *l. donari* 29. §. ult. ff. de donationibus.

Septimò non contrariatur *l. 2. §. illud* 2. ff. de heredit. vel 21 act. vend. ubi Ulpianus respondet, quòd in venditione here- ditatis testatoris veniat etiam hereditas impuberis, maximè si jam delata sit. Ex quo colligi videtur, etiam vendi posse impuberis hereditatem, licet nondum delata sit, hoc est, licet filius impubes adhuc vivat. Lex, inquam, ista non contra- 22 riatur. Etsi enim vocula, maximè, plerunque est compa- rativa & implicativa, *l. luminum*. 4. ff. de servitutib. præ- dior. urbanor. *l. cum ex causa*. 30. ff. de re judic. *l. si do- lo*. 5. *C. de rescind. vendit.* nonnunquam tamen etiam restrictiva est, & ponitur pro utiq. Et ita in objectâ *l. 2. §. illud*. 2. ff. de hered. vel act. vend. usurpari non dubi- tandum est. Ideoque legis illius hic est sensus: In ven- ditione hereditatis testatoris venit hereditas filii impuberis, si hoc actum sit; maximè, hoc est, utique, si jam delata sit hereditas impuberis, id est, si jam filius impubes mor- tuus fuerit. Deinde posito, quòd particula ista maximè, in *d. l. 2. §. 2.* etiam vim implicandi habeat: non ta- men exinde rectè inferetur, de hereditate viventis nondum delatâ, sed futurâ, pactum esse inîtum; cum & impuberis defuncti hereditas, licet nondum sit dela- lata, vendi possit: utputâ si pendente conditione, sub quâ heres substitutus est impuberi, vendatur. Hunn. d. tract. 1. quest. 13. §. quod enim ad primum, &c.

- 23 Octavò non obfistit *l. nam hoc modo. 11. ff. d. i. de hereditate vel act. vendit.* ex quâ etiam inferri posse videtur, quòd hereditatis futuræ venditio admittatur. *Quoniam* ibi (*ut & toto isto titulo*) sermo non est de hereditate futurâ, & obventurâ, sed de hereditate jam delatâ. Et hereditatem, quæ jam delata est, de cuius tamen viribus nihil certi habetur, vendi posse non obscurum est. *Exempli gratiâ*: Cajus mortuus est, ejus heres proximus est Pamphilus. At non constat, an Cajus multum in bonis reliquerit, an parum, an nihil. Pamphilus tamen heres Caji proximus, hereditatem vendidit his verbis: *Si qua est hereditas Caji, erit tibi emptâ.* Hæc venditio subsistit: & si multum est in Caji hereditate, hoc emptoris comodo cedit: si parum, aut nihil in Caji hereditate est, emptoris est detrimentum. Ipse siquidem vires hereditatis ignorans, quasi spem hereditatis emit; hoc est, emit hereditatem sperans, in eâ multum esse. Et si spes emptorem fallat: nihilominus emptio firma est: quia emptor spem emissæ videtur. *d. l. nam hoc modo. 11. ff. eod. l. nec emptio. 8. §. 1. ff. de contrah. empt.*
- 24 Nonò nihil urget *l. si quis servum. 23. ff. de actionib. empt.* ubi cautio sive conventio super hereditate futurâ licite interponitur. *Quod* etenim ibi traditur eum, qui servum cum peculio vendidit, & postea manumisit, emptori cavere debere, se restitutum quicquid ex hereditate liberti ad se pervenerit: id fit propter necessitatem venditionis præcedentis, contra cujus fidem fecit venditor, dum servum manumisit: ac idcirco meritò dictam cautionem præstat. Inde autem neutiquam inferendum est, extra illum casum cautiones, pactiones vel conventiones super futurâ hereditate valere. *Vel planius* respondetur: in casu dicta *l. 23.* pactionem idcirco valere; quia est de hereditate non acquirendâ, sed conservandâ. Tales autem pactiones de jure valere ac subsistere, non dubitatur: quoniam fiunt super jure paciscentis proprio, non super alieno. Qui enim paciscitur, eam hereditatem sibi restitui, quæ & sine pactione ipsi deberetur: de jure proprio sibi competente paciscitur, de quo cuius pacisci licet. *Idq; fusius explicat Hunn. d. q. 13. vers. ad tertium respondeo, &c.*
- 25 Decimò haud repugnat *l. quidam, cum filium. 132. ff. de verbor. obligat.* ibi quidam (*verbi gratiâ*) Sempronius, cum filium alienum susciperet, tradenti promisit certam pecuniæ quantitatem, si eum aliter, quàm ut filium, observasset. Postmodum Sempronius filium domo propulit & abdicavit, vel moriens nihil ei in testamento reliquit: & Paulus respondit, Sempronium contra conventionem fecisse, & propterea stipulationem esse commissam. At verò promisit ibi Sempronius, se filium alienum, quem susceperat, heredem instituturum. His etenim verbis: *si aliter eum, quàm ut filium, observavero*, heredis institutio innuitur: cum filius heres instituendus sit, vel exheredandus, *ut audivimus s. initio tit. de exheredat. liberor.* Proinde Jurisconsultus docet, nihil in testamento filio relicto, commissam esse stipulationem. Unde concludendum videtur, super hereditate pacisci licitum esse. Haud, inquam, lex ista repugnat. Nam hæc verba: *si aliter eum quàm ut filium, observavero*; non apertè hereditariam successionem inducunt. Nec enim Sempronius promisit, se filium, quem suscepit, heredem in testamento scripturum. Si ita conventio facta esset, filio postea in testamento præterito, stipulatio non commissâ, sed potius inutilis esset, *præallegatâ l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verbor. obligat. ionib.* Inducunt tamen dicta verba tacite hereditariam successionem: eaque rata & firma est: quoniam multa quæ expresse fieri nequeunt, tacite facta valent, *l. si quis Sempronium. 68. ff. de heredib. instituend. l. non nunquam § 2. ff. de condit. & demonstrat. l. expressa. 195. ff. de reg. jur.* præsertim si justa & rationalis sublit causa, ut in propositâ conventionem, quæ non tam ob id, ut filius susceptus succedat, fieri censetur, quàm ut susceptus filius exheredationis notam effugiat. Exheredationem quippe notam esse, non incognitum est, *l. multi non notæ. 18. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. l. cum te pietatis. 18. C. de inoffic. testamento.* Reliqua huc facientia uberius explicant, *post alios, Gœddæus, Iohannes Borcholt. & Forsterus junior locis supra designatis.* Itemque Hartman, *Pistoris d. lib. 1. questionum jur. q. 1. & seqq.*

Quamquam autem pactio, quæ de futurâ alterius non consentientis hereditate consequendâ fit, civili jure improbat, *ut hætenus abundè ostensum est*: consuetudine tamen receptum putatur, ut de acquirendâ etiam hereditate futurâ pactum subsistat; quod, pluribus ad hoc citatis, testatur Menoch. *consil. 1. n. 163.* ubi ait, non tantum in Italiâ, & Galliâ, sed in Germaniâ etiam longouso receptum esse, ut de futurâ successionem pacisci liceat. Idem testatur Zasius in *l. stipulatio hoc modo. 61. n. 18. ff. de verbor. obligat. Mynfinger. observat. 33. vers. contraria tamen, &c. cent. 2. Francisc. Marc. decis. 136. in fin. part. 1. Anton. Tessorius decis. 225. n. 12. Hotoman. conf. 72. Everard. conf. 136. num. 12. Arnold. Ferron. ad consuetud. Burdigalens. tit. de testament. §. 22. Elber. Leonin. conf. 32. num. 12. Rosenthal. de feud. c. 7. axiom. 57. Aurpach. lib. 2. sing. allegat. cap. 21. hosq; referens Petrus Heigius quest. 23. num. 34. part. 1.* ubi inquit, adeò invaluisse statuta & consuetudines, pactis de succedendo robur tribuentes, ut propemodum omnis de eo dubitatio frustranea videatur. Idem noviter tradidit Franciscus de Barry, in tract. de successionib. *&c. lib. 2. tit. 3. num. 8. Ioan. Melbec. in Disput. de success. conv. th. 13. And. Scheffer. lib. 2. quest. jur. pract. 19. num. 14. cum seqq. Auctor consilii Argent. 76. num. 1. vol. 1. fol. 1283. & Bullæus d. discurs. 6. de pacto affirmativo. conclus. 11. pag. 396.* Nec oberit, si dicatur, isthanc pactionem contra bonos mores esse, eòque consuetudine confirmari non posse, *d. l. stipulatio. 61. ff. de verbor. oblig. & d. l. donari. 29. in fin. ff. de donationibus.* Rectè siquidem obtinuit, valere hujusmodi consuetudinem. *Vigl. in §. accessit. num. 9. s. de testament. ordinand. Valent. Forster. lib. 4. de successionib. ab intest. c. 24. num. 23. Menoch. conf. 92. num. 52. Iohan. Dauth. in tract. de testament. cap. de mutandi testamenti potestate. 131. P. Gulken. de præscript. part. 3. c. 3. num. 105. & seqq. Dn. Collega David Magirus in eleganti Disput. de pactis successor. th. 3. de Anno 1605. Respond. Ioanne Seyfried. Fran. Tirag. in Comment. de jure primigenior. quest. 7. ubi utramque in partem complures advocat.* Sicut enim scriptâ lege certis in casibus pactum istiusmodi admissum est, *arg. d. §. accessit. s. de testament. ordinand. & d. l. licet. 19. C. de pact. cum similib.* ita etiam lege non scriptâ, quæ est consuetudo, idem pactum æquè potuit admitti, *per l. de quibus. 32. cum seqq. ff. de legib. l. 1. & 2. C. quæ sit long. consuetud.* Et certè secundum legem scriptam multis casibus libertas testandi aufertur, *per §. non tamen. 6. vers. nam si ideò. s. quibus modis testamentaria infirmant. l. qui in potestate. 6. ff. qui testament. fac. possit. tit. s. quibus ex causis manumittere non licet. t. t. s. de lege Fus. Canin. tollend. & t. t. ff. ad leg. Falcid. & ad SC. Trebellian.* Huc pertinet, quòd libertus ita jubetur testari, ut dimidiam bonorum partem patrone relinquat, *§. 1. infr. tit. de successionem libertor.* Sed & hoc pacti genus per se, & suâ (*ut ita loquar*) naturâ bonis moribus non est contrarium. Nam aliàs nullo unquam casu jure admissum esset: cum naturâ turpe non possit non esse semper turpe. Quale enim quid suâ naturâ est, tale semper & ubique est. Nec etiam votum istud captandæ mortis omnimodò & absolutè istis pactionibus inest: cæteroquin Impp. Dioclet. & Maxim. nec sancivissent dictam *l. licet. 19. C. de pact.* nec fidei commissum valuisset, *de qua in d. l. de fidei commissio. 11. C. de transaction. d. l. 1. & d. l. cum proponas. 16. C. de pact.* nec testamentum per æs & libram unquam substitisset: cum ideò sublatum sit, quòd contra bonos mores civitatis esset, quasi votum captandæ mortis inducens, *per notata Theophili & Viglii n. 8. in d. §. accessit. s. de testam. ordinand.* Quid? quod omnia fidei commissâ, omnes substitutiones, imò omnia ab intestato successionis jura ex eadem causâ medio removenda essent. Votum namque mortis captandæ quoddam non minùs his casibus inesse, quàm in pacto de futurâ hereditate inito, intelligi potest. Sed nec etiam cum consensu ejus, de cujus hereditate agitur, valere posset pactio: cum ea etiam votum quoddam captandæ mortis continere intelligatur: quæ tamen apertè comprobata est, *d. l. fin. C. de pact.* Et cum pacta affirmativa de successionem, usu diuturno recepta esse constet, *per supra notata*: inde haud dubiè colligitur, illam quoque de voto captandæ mortis præsumptionem sublatam, eiq; contrariam benigniorem introductam esse:

esse: scilicet neminem tantæ fore impietatis, qui benefactori suo sit structurus vitæ insidias. Nec sanè, licet frequentissima sint hujus generis pacta, tam atrocis exempla sceleris apud nos audita meminimus. Hinc doctissimus Covarruvias de testament. 2. part. rubr. n. 15. vers. sed hac opinio, &c. pereleganter in hæc verba scripsit: *Quod si dixeris, occasionem captanda mortis à lege tolli, atq. improbam, bonisq. moribus contrariam refelli: fatebor utiq. occasionem hanc lege improbari, quasi hoc ipsum Legumlatoribus utile visum fuerit, ne privatim vitæ humana insidiaretur: nec confestim sequitur, id ita contra bonos mores esse, ut peccatum sit, pacta prædicta iniri: cum dicta occasio non sit admodum crimini proxima, quippe quæ pravi animi presumptionem maximam exigat, quæ in Christianâ religione non est facilliter admittenda.* Hæc Covarruvias. Et ideo cum Iacobo Rickio in tract. de unione prolium, c. 3. n. 62. non immeritò quispiam exclamabit: Quis ille est, qui genus humanum incompti cujusdam latrocinii reum facere aggreditur? Ille enim metus in profligatissimos tantum & sceleratissimos homines cadit, qui insidias ob leves res facillè struere solent his, quorum pactas vel deferendas hereditates venantur: quorum etiam non desunt exempla apud Suetonium in Galba, cap. 9. & in Caligula, cap. 38. &c. tamen heus tu,

Desine paucorum diffundere crimen in omnes.

- 35 Porro tale de futura hereditate pactum, si jurisjurandi religione corroboratum fuerit, circumscriptâ etiam consuetudine, robur ac firmitatem obtinere arbitror. Potest enim sine dispendio æternæ salutis servari: nec etiam in cujusquam, præter jurantis, præjudicium redundat: & ideo servari debet, c. cum contingat. 28. in fin. ext. de jurejurand. nec denique tale juramentum contra publicam utilitatem esse, ulla ratione dici potest: ut ob id etiam meritò observari debeat, arg. c. sicut nostris. 27. ext. eod. Sed & si personam ejus, cujus gratiâ juratur, respiciamus; quamvis canones (quos hac in questione sectamur) ad jurantis personam respiciant, arg. c. penult. in fin. ext. de pignorib. similiter non animadvertimus, aliquid subesse, ob quod servari non debeat. Nam etsi jure civili contra bonos mores ille facere dicitur: tamen qui vel sensum communem sequuntur, negare non possunt, eum non contra bonos naturæ mores quicquam facere, hoc est, id quod naturâ turpe & peccatum est: sed tantum contra politicos ac civiles mores, id est, qui ratione alicujus loci, aliarumque circumstantiarum pro malis habentur, l. item apud Labeonem. 15. §. meminisse. 23. in fin. & §. adjicitur. 38. ff. de injur. cum similibus. pulchrè Rickius d. tract. de un. prol. c. 3. n. 28. & seq. item c. ult. num. 18. & seqq. Quapropter minimè dubitandum est: hoc pactum juramento firmari posse, ut rectè censent Baldus in c. 1. §. moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. tit. 26. lib. 2. feud. Cornuus conf. 257. lib. 3. Capolla in tract. cautelar. caut. 112. n. 4. Aufreus ad Capellam Tholosan. decis. 452. Craves. conf. 139. num. 8. Ioan. Campeg. in tract. de dote. q. 79. part. 5. Socin. jun. conf. 65. n. 49. lib. 1. Iason. in d. l. stipulatio hoc modo 61. n. 11. ff. de verb. oblig. & consil. 60. col. 2. lib. 3. Decius in d. l. pactum, quod dotali. 15. n. 2. C. de pact. & conf. 516. n. 5. & conf. 656. n. 12. Guido Papa consil. 31. & Menochius d. conf. 1. n. 167. & 169. ubi hanc sententiam communem pronunciat. Quod equidem (licet eandem veriore esse omnino existimem, per ea, quæ jam allata sunt) non ausim constanter affirmare. Plurimos enim tam veteres, quam neotericos, generaliter contrarium asserere, in aperto est; Bartol. Salicet. & Sichard. n. 2. in d. l. pactum dotali. 3. C. de collationib. Guil. Benedic. in c. Raynutius. in verb. duas habens filias. n. 191. & seqq. ext. de testament. Schurff. consil. 96. n. 29. & seqq. Georg. Natta in c. quamvis de pact. in 6. n. 97. ibiq. in addit. Matth. Boyss. & n. 100. Ernestus Cothman. resp. 8. n. 23. Ioan. Petr. Surd. conf. 133. n. 9. Anton. Faber. de errorib. pragm. decad. 41. err. 5. hujusq. individuus comes Schifordegher. d. lib. 1. tract. 29. quest. 2. Bullans d. discurs. 6. pag. 395. Ieremias Setser. in tract. de juramento. lib. 2. c. 5. Fachinaus lib. 8. controvers. c. 72. Ioan. Baptist. à Villalobos in suis communib. opinionib. verb. pactum. n. 1. Franc. Viv. lib. 1. commun. opin. verb. pactum. n. 5. Cachéran. decis. Pedemontan. 100. n. 12.

Fernand. Vazq. de success. creat. §. 18. num. 197. Curt. jun. n. 5. Dauth. n. 15. Cagnol. num. 34. Bolognet. num. 27. ad d. l. fin. C. de pact. Forster. senior d. lib. 4. de success. ab intest. c. 24. num. 7. Michael. Grass. in lib. receptar. sent. §. successio ab intestato. quest. 9. num. 7. Barthol. Kellenbenz. de renunciation. succession. quest. 1. n. 2. Nicol. Everhard. consil. 7. num. 21. vol. 2. Hariman. Pistor. d. lib. 4. q. 1. num. 20. qui & alios citant. Quibus etiam annuuntur, Covarruvias in d. c. quamvis. 2. part. init. n. 1. & Mynsingens resp. 49. num. 17. & 18. decad. 5. quibus locis uterque, nescio quo errore, illam inter mores naturales seu canonicos & civiles distinctionem, ceu planè erroneam, explodit: cum tamen nemo sanus possit inficias ire, peccata esse inæqualia: & aliud esse naturâ turpe, aliud lege civili: & ea, quæ solâ dispositione legis putantur bonis moribus contraria, sine dispendio salutis æternæ servari posse, per illa, quæ præclare tradit Rickius d. tract. de unione prol. c. 3. num. 27. & seq. & c. ult. num. 18. cum aliquot seqq. secutus Baldum, Iasonem, Paulum de Castro, Zafium & reliquos in l. pacta, quæ contra. 6. C. de pactis. item Gailium obs. 39. num. 15. lib. 2. Nec etiam regula juris canonici in c. non est obligatorium. §. 8. de reg. jur. in 6. (quæ vult, non esse obligatorium, contra bonos mores præstitum juramentum) alium sensum habet: cum ejusdem juris regula sit: juramenta omnia, quæ sine dispendio æternæ salutis servari possunt, custodienda esse, d. c. cum contingat. 28. ext. de jurejur. d. c. quamvis. 2. de pactis. in 6. Ideoque regula dicti c. non est obligatorium. de iis dumtaxat moribus, qui naturâ sunt turpes, exaudienda est; cum de jure canonico dicatur id esse contra bonos mores, cujus observatio peccatum inducit. arg. d. c. cum contingat. in fin. ext. de jurejur. Dynus in d. c. non est obligatorium. de reg. jur. in 6. n. 7. Capolla d. cautel. 112. n. 4. Menoch. d. consil. 1. num. 168. alique per eum relati. Et quid multis? Certissimi juris canonici est; juramentum, quod non vergit in dispendium æternæ salutis, nec redundat in alterius detrimentum, servandum esse, quicquid jus civile disponat, argum. d. c. quamvis. in fin. de pact. in 6. Rittershus. lib. 3. different. jur. civil. & Canon. cap. 3. pag. 193.

Quemadmodum verò secundum jus canonicum, etiam in foro civili observandum, adeoque jus commune, pactum prædictum jure jurando confirmatum valet: ita communi jure civili pactio judicatur legitima, quâ non de totâ hereditate & omnibus bonis in universum, sed de quotâ bonorum, sive de certis quibusdam rebus vel bonis, post mortem relinquendis, conventum fuerit: cum eo casu libera testandi facultas non auferatur, sed restringatur solum: id quod jure prohibitum non invenitur, Bartol. Iason & alii in d. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. oblig. Baldus, Alberic. Cagnolus num. 99. & alii in l. ult. C. de pact. Franc. Bursatus conf. 136. num. 37. cum seqq. lib. 2. Curtius Junior consil. 81. num. 2. Ioan. Dilect. de arte testand. tit. 2. caut. 10. Molin. consil. 15. num. 19. cum seqq. Hartmannus Hartm. forensium observ. lib. 2. tit. de pact. observ. 3. ad fin. Andr. Gail. observ. 126. num. 8. & observ. seq. num. 3. lib. 2. Franc. Vivius in commun. opinion. lib. 1. verb. pactum. n. 8. Baptista à Villalobos in communibus opinionibus. lit. P. in princ. num. 4. Dn. Collega Besold. consil. 33. num. 27. vol. 2. pag. 47. Forsterus Senior d. lib. 4. de successio. nibus. c. 24. num. 12. & 13. ubi etiam dissentientes allegat: quibus adjiciendus est Fachinaus lib. 5. controvers. jur. cap. 84. & Caspar Klockius in tract. nomicopolit. de contributionib. cap. 12. num. 112. & seqq. fol. 255. Præterea jure civili pactum futuræ successionis reciprocum sive mutuum (secundum communem Dd. traditionem) non improbat: putâ si inter duos pluresve actum sit, ut alterutro sine liberis mortuo, bona ad superstitem perveniant, argumento l. quod autem. 7. §. si vir. 2. & l. ult. ff. de donationibus inter virum & uxorem. Marsilius singulari 333. Francisc. Vivius in communibus opinionibus in verb. pactum. num. 12. Tiraquell. d. Comment. de jure primigenior. q. 6. n. 5. ubi plurescit. Et meritò quidem. Nam hoc casu non pactum futuræ successionis simpliciter interpositum; sed potius obligatio conditionalis, si alteruter sine liberis præmoriatur, contracta censetur: quæ obligatio, existente conditione, ad tempus conventionis retrahitur, & pro purâ habetur.

tur, l. necessariò. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeant. & l. unic. C. ut actiones ab heredibus, & cont. hered. &c. Unde pactum tale vim & speciem permutationis obtinet, tradente Accursio in dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. in verb. donationum. ff. de donationib. inter vir. & uxor. Rom. consil. 146. & Barbat. cons. 60. lib. 6. aut venditionis potius, quam donationis similitudinem habet, ob incertitudinem eventus, arg. l. ex empto. 11. (aliàs, l. emptorem.) §. ult. ff. de action. empt. Ioan. Fab. in l. 1. C. de inoffic. testament. Guid. Pap. consil. 214. & 217. hosq. allegans Mynsing dict. respons. 49. num. 7. & 8. ut sic insinuatio non sit necessaria; nec revocationi etiam, ob ingratitudinem, locus sit, Boer. decis. 355. Oldrad. cons. 139. n. 14. Gail. dict. lib. 2. observ. 126. n. 4. & 5. Mynsing. dict. resp. 49. n. 5. & 6. aliq. per hunc recensiti.

43 Hinc quoque est, quòd pactio hodie inter conjuges frequentissima, de mutuâ ejusmodi & vicissitudinaria successione, jure civili valere dicatur, argum. dict. l. quòd autem. 7. §. si vir. 2. ff. de donation. inter vir. & uxorem. Oldrad. dict. consil. 139. Mynsigerus dict. respons. 49. num. 4. & observ. 33. ad fin. centur. 2. ubi scribit, hanc sententiam non modò notissimâ Germaniæ consuetudine invaluisse, sed etiam veriore esse, & in Camerâ Imperii judicando firmatam. Idem sentiunt Petr. Duennas reg. 539. & reg. 172. Natta & Matth. Boys in dict. cap. quamvis. de pact. num. 149. Dn. Collega Besold. vol. 4. consil. 190. num. 10. fol. 275. Gæddaus de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 7. num. 68. 83. & 84. Petrus Heigius præallegatâ quest. 23. num. 34. & si q. part. 1. aliq. per eum laudati & dictum supra ad §. alia autem. 2. tit. de donationibus num. 29. & seq. Tametsi hanc sententiam receptissimam (à quâ in judicando non facile recedendum) speciosis rationibus impugnet D. Bocerius in tractat. de jure succed. in feud. 44 cap. 2. quest. 1. pagin. 64. & seqq. Et hoc sanè pacti genus eò facilius admittitur, quòd etiam aliàs ratione incertitudinis dubiæque eventus ea permittantur, quæ alioqui non permetterentur, argum. l. si pater. 12. in fin. C. de inoffic. testam. ubi eleganter Sichard. numer. 3. l. si ea

45 lege. 17. & l. oleo. 23. C. de usur. Et si autem Andreas Gailius (quem, tanquam ab hac sententiâ alienum & dissentientem, citat & sequitur Fachinaus dict. lib. 5. cap. 86.) distinguendum putet: utrum fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos, an verò simplex promissio per pactum de successione reciproca: & hoc casu posteriore pactum non valere

46 autemet: tamen generaliter valere pactum, probabilius esse cenfeo. Semper enim hominum actus ita interpretari debemus, ut valeant potius, quam pereant, 47 l. quotiens. 12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. quotiens. 80. ff. de verborum obligat. cum similibus. maximè cum hoc pactum ultimæ voluntatis, quæ interpretatione omnino juvanda est, l. in testamentis. 12. ff. de regulis jur. speciem præ se ferat. Gædd. dict. numer. 84. ubi plures refert. Interim verò aliud esse, non diffiteor, si speciatim pactum fraternitatis initum inter privatos ap-

48 pareat. Quod quidem pactum si posteriore casu contineri dixeris, admittendum simul fuerit, id etiam priori casui inesse: nisi verba fortè quis magis, quam rem & mentem contrahentium spectare velit, contra notas juris regulas, l. sed Celsus. 6. §. 1. vers. in emptis. ff. de contrahend. empt. l. ita stipulatus. 115. §. 2. ff. de verborum obligat. c. intelligentia. 6. &c. propterea. 8. ext. de verborum significat. cum juribus concordantibus, quæ diligenter congescit Ludolph. Schrader. in tract. feud. part. 1. quest. 5.

49 numer. 6. Porro de pactis gentilitiis principum & aliarum personarum illustrium ac nobilium de succedendo, & similibus pactionibus videantur Paulus Matthias Wehnerus in libro singulari practicar. juris observ. lit. E. verb. Erbeinigung / &c. Hunnius d. lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. 1. quest. 16. Nicol. Betsius in tract. famil. illustr. c. 5. pag. 103. Gail. lib. 2. observat. 127. ibique Bernhardus Gravaus. Dn. Collega Bocer. d. tract. de jure succedendi in feudum. cap. 2. quest. 2. & 3. Arnisaus lib. 2. relectionis Politica. c. 2. sect. 7. numer. 54. & seqq. pag. 249. Bart. Muscul. in disp. Basileens. de confraternitate, &c. Georg. Schönborner lib. 2. Polit. cap. 13. Petrus Heigius d.

pract. 1. quest. 23. aliq. quos refert Dn. Collega Besoldus lib. 1. regia successionis, dissertat. 13. & lib. 1. politicor. c. 6. §. 8. num. 41. itemque Bullius a. discurs. 6. de pacto affirmativo, conclus. 6. cum seqq. pagin. 400. & seqq. Plura sunt alia, quæ de pacti, super futurâ hereditate initi, genere dici possent: sed hæc, quæ difficiliora videbantur, attigisse satis est. Jam propius ad propositam intestatæ successionis materiam accedemus.

Jure igitur novissimo tres succedendi ab intestato gradus sive ordines, veteribus sublatis (de quibus infra ad §. 1. h. tit. sub Quid nonnihil attingemus) introducti & constituti sunt: I. Descendentium, seu liberorum. II. Ascendentium, sive parentum III. Collateralium, sive agnatorum & cognatorum, Nov. 118. c. 1. 2. & 3. Quibus tam ex veteri, quam novo jure successio viri & uxoris, seu conjugum: & postremo Fisci additur. tot. tit. ff. & C. unde vir & uxor. & tot. tit. C. de bonis vacantib. Atque ita in universum successionis ab intestato ordines quinque intelliguntur: & præter hos jure nostro civili, nulla ratio successionem aliam ab intestato admittit. Ideoque à successione removentur affines, l. vitrico. 3. l. affinitatis. 7. C. communia de successione. Döringius in Bibliotheca jurisconsultorum. tom. 1. verb. Affines num. 174. fol. 1105. & nutritores, qui alumnum sive alumnam aliquam educarunt, l. nutritoribus. 10. C. eod. tit. Borcholt. in tract. de gradib. c. quibus hereditas ab intestato deferatur. pag. 177. Adamus Keller. in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 3. n. 1. item tutores, si pupillus absque legitimis heredibus decesserit, argumento dictarum leg. Bartol. & Cagnol. in leg. quòd tutela 73. ff. de reg. jur. Treutler. Disput. 16. thes. 1. sub lit. f. vol. 2. ubi Accursium, Baldum, Angel. & Castrensem dissentientes citat. Ibique illud fusiùs enodat Bachovius in suis not. pag. 992. & Hunnius pag. 196. & seqq. Atque eâ dere explicatius agetur infra suo loco. n. 504. & seqq. Removentur præterea à successione intestati, cognati spirituales, quos vocant Canonistæ, tot. tit. ext. de cognition. spirituali. ut sunt, susceptus vel suscepta ex sacrosancto Baptismo, & qui eum eamvè suscepit. Nulla quippe ex hac susceptione consanguinitas contracta; sed communio quædam, eaque sancta, inter eos inita censetur. can. ita diligere. 1. caus. 30. q. 3. Valent. Forster. de successione. lib. 4. c. 5. n. 1. & lib. 7. c. 19. n. 5. Volunt tamen Interpretes nonnulli: 53 patrinum sive compatrem teneri susceptum suum egenum alere, & vice versâ, Baldus in Auth. nisi rogati. C. ad SC. Trebellian. Ioan. Faber in Breviario Cod. ad l. 1. tit. de alend. liber. à parentib. &c. hosq. citans Rittershusius in expositione Novell. Justin. part. 7. c. 3. num. 10. Quibus ad stipulatur quoq. Petrus Cornel. Brederodius hic in suâ Analysi ord. succed. 6. pag. 229. Arcentur denique à successione 54 hospites seu caupones, apud quos fortè peregrini vel viatores mortui fuerint. Auth. omnes peregrini. C. commun. de success. Rittershus. d. cap. 3. n. 11. ubi id uberius explicat.

DE SUCCESSIONE DESCENDENTIIUM SEU LIBERORUM.

Descendentes sive liberi (qui appellantur descendentes; eò quod sunt in lineâ descendentis, respectu ejus, de cujus successione agitur, tradente hic Vultejo num. 19.) primum obtinent in successione locum, tam ex lege divinâ, Epist. Paul. ad Galatas c. 4. v. 7. ibi, quòd si filius; & heres. Levit. cap. 25. v. 47. Numer. c. 27. v. 8. Deuter. c. 21. v. 16. quàm naturali, l. scripto. 7. §. fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. unde liberi. l. cum ratio naturalis. 7. in princ. ff. de bonis damnator. Novell. 1. in prefat. §. primum itaque. ibi, secundum ipsam naturam. & Nov. 18. c. 1. vers. & natura primò, &c. & civili, §. sui autem. 2. ff. de hered. qualitat. & different. §. 1. infr. hoc tit. ubi habetur, quòd liberi ex lege duodecim tabular. quæ pars & fundamentum juris civilis est, ad parentum hereditatem admittantur, init. tit. infr. de success. cognat. init. tit. infr. de Senatusconsulto Orphitian. Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. l. 1. & dict. l. 7. ff. si tab. testam. nulla extab. dict. l. cum ratio. 7. in princ. ff. de bon. damnator. l. 1. ff. quis

ordo in possession. servet. l. 1. §. 2. & seqq. ff. de suis & leg. heredib. l. in suis. 11. ff. de liberis & posthum. & similibus. Anton. Gómez. tom. 1. var. resolut. c. 1. de hered. quæ ab intest. defer. num. 2. Sunt autem liberi (sic dicti, quasi liberalitate Deorum dati, vel quod liberâ conditione & naturâ liberi è nobis nascuntur. Tiräquell. ad l. si unquam verb. suscepit. numer. 16. C. de revocand. donat. cum glau. dans D. Besold. in thesauro practico lit. K. num. 16. pag. 464.) variâ in differentiâ. Quidam enim sunt naturales & legitimi simul, quidam legitimi tantum: alii naturales tantum: spurii alii, seu vulgò quæsi: nonnulli denique ex damnato coitu nati. Cunradus Wolfius hic in suis eremat. Rittersh. in expositione Novellar. part. 4. c. 12. n. 2. p. 241. Ioan. Schneidevv. hic in cap. de primo ordine succedendi. num. 5. & Heigius cap. 5. num. 6. de quibus omnibus sigillatim dispiciendum.

57 DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM ET LEGITIMORUM SIMUL.

58 **N**aturales & legitimi simul (hoc est, ex iustis nuptiis seu legitimo matrimonio procreati, l. 3. & l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel. al. jur. sunt. Et dicuntur naturales: quia secundum naturam ex parentibus sunt nati: legitimi vero, quia ista parentum conjunctio, ex quâ nati sunt, à lege divinâ, humanâ, civili & canonicâ approbata est, gloss. in princ. super verb. matrimonium. f. de jur. nat. gent. & civil. Schneidevv. hic in cap. de success. filior. natural. & legit. mor. n. 1.) primi gradûs, omnibus ascendentibus & ex latere venientibus exclusis, ad parentum suorum hereditatem æqualiter admittuntur; nullo habito respectu, masculi sint, an fœminæ; sui juris, an patriæ potestati subiecti. Sublata namque hac in materiâ est sexûs, patriæ potestatis & emancipationis, ut & cognationis atque agnationis, differentia. Novell. 118. cap. 1. & 4. dict. Auth. in success. C. de suis & legit. liber. Forster. lib. 8. de success. ab intest. cap. 9. num. 6. Guilhelm. Ranchius (in posteriori edition. de Anno 1603. est Iohannes Wineus) in tract. de success. ab intest. §. 4. num. 3. & 4. Danell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 2. pag. 401. Robertus Disput. 13. th. 3. Nicolaus de Bruxella hic in suo Compendio. Timæus Faber disp. 21. ad Institut. Imperial. th. 4. lit. b. Paulus Emil. Gallus in tract. de except. in success. tam ab intest. quàm ex testam. part. 1. tit. 3. except. 1. num. 2. fol. 97. Arumaus Exercit. Iustin. 11. thes. 7. latè Heigius dict. cap. 5. num. 7. cum plurimis seqq. Tamen si dissentiat Andreas Alciatus lib. 3. paradox. c. 10. & Cujacius ad dict. Novell. 118. Et meritò quidem liberi, ex iustis nuptiis nati, primas in successione legitimâ tenent: quia, vivis etiam parentibus, quodammodo domini bonorum paternorum existimantur: & post mortem patris, hereditatem non percipere; sed magis liberam bonorum administrationem consequi censentur. dict. §. sui autem. 2. f. de hered. qual. & different. dict. l. in suis. 11. ff. de liber. & posth. l. 1. §. largius. 12. ibi, qui penè ad propria bona veniunt. ff. de successor. edict. l. 1. §. qui sunt in potestate. 7. ff. si quis, omisâ causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat heredit. Georg. Acacius Enekel. in tractat. de privileg. parent. & liber. privileg. 3. cap. 1. numer. 8. cum seqq. & privileg. 14. part. 1. cap. 1. numer. 1. & seqq. Ista autem ratio cum generalis non sit, sed ad suos tantum pertineat heredes, non ad emancipatos liberos, ut jura adducta arguunt: idcirco & hæc generalis ratio adjicienda est; quod naturæ simul & parentum commune votum liberos ad parentum hereditatem vocet. l. scripto. 7. §. ult. ff. si tabul. testam. nulla extab. l. cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. D. Bocer. hic num. 11. pag. 61. Georg. Schultze. in expos. arboris consang. & affinitatis. cap. 10. memb. 1. num. 5. pag. 257. & seq. Ambros. Schurer. in tract. de hered. quæ ab intest. deferunt. tit. 8. reg. 1. speciali, ubi plures rationes cumulat.

60 Caterum ut liberi primò succedere valeant: non necessariò requiritur, ut nunc lucem aspiciant, aurâque humanâ fruantur: sed eos in utero (quoties enim de par-

tus commodo agitur, fœtus jam natus & editus esse fingitur, l. qui in utero. 7. & l. 26. ff. de statu homin. l. cum quidam. 30. §. 1. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. sed etsi ad tempus. 20. ff. ad Senatusconsultum Trebelianum) esse sufficit, §. sui autem. 2. vers. posthumi quoque. §. & licet. 8. infra hoc tit. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legitimis heredib. l. intestato. 4. C. de suis & legit. liber. dummodo non monstrosâ aut prodigiosâ formâ, converso modo παρὰ τῆς φύσεως ἀγχαί procedant, l. quod certatum. 3. in fin. C. de posthumis heredibus instituend. Etenim (Paulo auctore) non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. l. non sunt liberi. 14. ff. de stat. homin. l. ostentum. 38. & l. quæret aliquis. 135. ff. de verborum significat. & utrobique pereleganter Gœddens. Nihil autem refert, an fœtus post sextum mensem, sub exordium septimi, an verò perfecto septimo mense, vel octavo, vel nono, vel decimo, vel etiam circa principium undecimi mensis, foras prorumpat. Omnibus siquidem his modis illum vitam vivere posse, compertum est, l. septimo. 12. ff. de stat. homin. l. intestato. 3. §. ult. ff. de suis & legit. heredib. l. Gallus. 29. in princ. ff. de liberis & posthum. Novell. 39. cap. 2. ibique in §. 1. Gothofredus ad lit. f. Gell. lib. 3. Noct. Atticar. cap. 16. Aristotel. lib. 7. de histor. animal. cap. 4. Varro lib. 14. rerum divinâ. Hippocrates in lib. ὀκτὸν. Eberhard. Speckhan. cent. 1. quest. 77. Ranchius sive Wineus in dict. tractat. de success. ab intest. §. 8. num. 2. Stephanus Ranchius in suis decisionibus. part. 2. conclus. 206. Ioan. Iacob. Plebst. Disputat. 4. ad ius topicum Württemberg. thes. 77. edit. 1. Menoch. consil. 284. n. 19. & seq. Peregrin. de fideicommiss. artic. 43. num. 29. & seqq. Dn. Collega Bocer. hic num. 16. & multis seqq. pag. 61. & seqq. Verum hæc peritis Medicis & Physicis plenius exactiusque discutienda relinquo: quos prudens & circumspectus iudex istis & similibus casibus studiosè consulat: adeoque boni & innocentis viri officio fungetur. l. cetera. 4. §. 1. ff. famil. ercisc. & æquitatem diligenter ante oculos habebit. l. quod si Ephes. 4. in fin. ff. de eo, quod certo loco, & c. l. placuit. 8. C. de iudiciis. Præterea nihil interest, liberi 63 seculares sint, an clerici. Nam & hos (modò non sint ingressi religionem bonorum incapaces, ut sunt mendicantes ex suâ regulâ, Franciscani scilicet, seu fratres minores, de quibus est textus in c. exint. 3. §. quia verò. de verborum significat. in 6. & in Clement. exint. §. quia igitur in success. ab intest. de verborum significat.) parentibus suis succedere posse, non incognitum est, l. Deo nobis. 56. §. hoc etiam cognitum. C. de episcop. & cleric. Matthæus Mathesyllanus in tract. success. ab intest. in princ. n. 3. & artic. 3. princip. num. 40. cum seqq. Covarruv. ad tit. Decretal. de testam. cap. 1. num. 21. Vasq. lib. 3. de success. progressu. §. 26. num. 4. Grassus in lib. recept. sentent. §. successio ab intestato. quest. 8. Hackhelman. questionum illustrium disput. 18. thes. 2. ad lit. f. Matthias Stephani cent. 3. quest. 4. sub lit. d. Eaque de re, post Capriolum lib. 1. de success. ab intest. num. 305. fufius differit Franciscus de Barry in tract. de success. lib. 18. tit. 6.

Porro in isthac success. lineâ propior non excludit 64 remotiorem, sed omnes simul admittuntur, hac differentia saltem notâ adjectâ: quod si omnes in primo existant gradu, æqualiter (ut superius num. 57. monitum) & in capita succedatur: si verò quidam ulterioris gradûs sint, quidam autem primi, horum respectu in capita, illorum intuitu in stirpes, repræsentationis jure, hereditas distribuat. Proindeq; nepotes, quotquot sunt, unum eundemque defunctum parentem repræsentant & referunt: & ob id ex hereditate plus ferre aut capere non possunt, quàm defunctus parens, si viveret, ferret aut caperet. §. cum filius. 6. & §. penult. infr. hoc tit. l. 1. §. si filius. 4. & §. non minus. 6. ff. de suis & legit. heredib. l. 2. & 3. C. de suis & legit. liber. Auth. in successione. C. eod. tit. Novell. 118. cap. 1. Cajus lib. 2. Institut. tit. 8. Ulpian. tit. 26. §. 1. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht. tit. von Succession der Descendenten. §. So aber fürs ander. pag. 472. Oliverius Textor in tractat. de success. ab intest. num. 14. Caterum successio in capita fieri dicitur, 65 cum tot æquales sunt hereditatis partes, quot sunt succedentium personæ. l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de

- de suis & legit. heredib. dict. Novell. 118. cap. 2. §. si verò. ibi, secundum personarum numerum. &c. Ast in stirpes fieri dicitur successio: cum pro numero stirpium, unde personarum succedentes descendunt, partes hereditariae constituuntur: ita ut qualibet stirps partem suam ferat, non habita ratione multitudinis vel paucitatis personarum. *Exempli gratia*: Titius habens decem vel plures liberos, moritur. Hi omnes avo succedentes, eam tantum partem accipiunt, quam parens illorum Titius, si vixisset, habiturus fuisset. dict. Novell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. *Mynsinger. Wesenbec. Schneidevvin. & communiter Dd. in d. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. cap. 2. pag. 402. lin. 20. Forster. in tract. de success. ab intest. lib. 3. cap. 34. Henningus Wegner. Disp. 9. ad Instit. thes. 1. ad lit. 1. & L. Joachimus Scheplitz. in not. ad promptuar. tam jur. civil. quam feud. Balthasari Klammeri. titul. 24. de heredit. qua ab intest. defer. §. 4. numer. 2. Idque fusius declarat Rittershusius in expositione*
- 66 *Novellar. Justin. part. 7. cap. 1. num. 8. Repraesentationis autem jus antiquissimum est, utpote ex duodecim Tabul. ortum, dict. §. penult. infr. hoc tit. & dict. l. 3. Cod. de suis & legit. liber. ejusque ratio perhibetur æquitas naturalis, dict. l. 1. §. si filius. 4. ff. de suis & legitim. hereditibus.*
- 67 *Æquum enim esse videtur; nepotes neptesvè, item pronepotes proneptesvè, in patris sui locum succedere, d. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. cum pater & filius eadem persona penè intelligantur, l. fin. C. de impuber. & al. substitut. & filius sit portio accaro patris: imò ut unus cum patre, can. jam itaque. 8. caus. 1. quest. 4. Bald. in l. ultim. C. de servis fugit. Paul. Castr. conf. 264. col. 3. vol. 2. Tiraguell. de jure primigenior. quest. 40. num. 31. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 37. ff. quest. 7. pag. 133.*
- 68 *Sed nunquid etiam abnepotes, & reliqui remotiores, hoc successionis seu repræsentationis jure fruuntur & gaudeant, opportunè quæritur? Et quamvis nonnulli ultra pronepotes locum non esse repræsentationi opinentur, Bartol. in dict. l. 1. §. sed si quis. 5. ff. de suis & legit. heredib. Angel. & Fab. in dict. §. cum filius 6. infr. hoc tit. & id genus alii: veriùs tamen est, jus illud in omnibus omninò descendentes, sicque in infinitum habere locum, per textum in §. ultim. infr. hoc tit. ubi apertè dicitur; nepotes, pronepotes, & alias deinceps personas, adeoque etiam abnepotes & reliquos remotiores descendentes, in infinitum parentum suorum locum subintrare, & ad successionem ascendentium cum propinquiorebus descendentes admitti. Deinde eadem sententia confirmatur dicta Novell. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. ubi Iustinianus disertè inquit: si quem descendentes filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere. Quibus utique verbis Imperator Iustinianus repræsentationem non restringit ad certos descendentes: sed illam in omnibus sortiri locum, indefinitè & generaliter statuit. Eandem quoque assertionem corroborat l. 1. §. libros. 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus. & dict. Auth. in successionem ibi, nepotes & ulteriores, &c. C. de suis & legitimis liber. nec non jus renovatum Topicum Würtemberg. dicto tit. Von succession der descendentes, §. und soll solches / &c. pag. 472. Adhæc geminum potest desumi argumentum ex d. §. cum filius. 6. infr. h. t. Primò enim ejus principium indicat; in lineâ descendente proximiorè non excludere ulteriorem sive remotiorem. Ergo nunquam ille hunc excludet. Oratio siquidem indefinita universali æquipollet, l. quod dicitur. 4. ff. de tutel. l. si ita. 43. in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat. 2. Deinde eodem in §. subjicit Imperator: æquum esse, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Ast eandem æquitatem in cæteris quoque subesse quis non dixerit? imò subesse arguit Pauli ratio in leg. cum ratio. 7. in princip. ff. de bonis damnator. Liberis, inquit, naturalis ratio parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando. Si liberis addicit: certè non tantum nepotibus ac pronepotibus: sed & abnepotibus & cæteris remotioribus addicit. Liberos enim appellatione non solum nepotes & pronepotes, verum etiam cæteri, qui ex his descendunt, continentur, l. liberorum.*

220. ff. de verborum signification. D. Besold. in thesauro pract. lit. K. num. 16. pag. 463. & seq. Quin imò pronepos, decedens ante apertas tabulas, transmittit à proavo sibi relictam hereditatem in suos liberos, l. unic. C. de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt. Ergo multò magis se ipsum repræsentabunt: cum repræsentatio facilius, quam transmissio inducatur. l. ut intestato. 3. C. de suis & legitimis liber. l. emancipata. 4. C. quia admitti ad bonor. possess. possunt. Denique hanc suis calculis decisionem Interpretes plerique comprobant: Antonius Gomezius tomo 1. variarum resolution. cap. 1. num. ultim. Valentin. Forsterus libro 4. de successionibus. cap. 21. num. 2. 6. & seqq. hujusque filius Guilielm. Forster, libro 3. disputat. 15. thes. 5. Ranchin. in tractat. de succession. ab intest. §. 3. num. 6. pag. 27. Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de successionib. descendens. pag. 182. cum seq. Grassus libro recept. sent. successio ab intestato. questio. 2. num. 13. Schneidevvinus hic in cap. de succession. filiorum naturalium & legitimorum simul. num. 17. Vultejus hic num. 33. Bocerus n. 32. pag. 64. Heigius capite 5. n. 51. Wesenbecius ad dictum §. cum filius. 6. num. 3. & ibi Mynsingerus num. 6. hoc titulo. & ibidem Theodorus Marculius & Antonius Matthaus in suis Not. Robertus Disputat. 13. thes. 2. Treutler. vol. 2. disp. 16. th. 1. lit. H. ibiq. in suis not. Bachovius pag. 1000. & Hunnius ibidem quest. 12. pag. 203. idemque Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 6. Paulus Berens disputat. ad Institut. 8. them. 1. quest. 1. Rittershus. in exposit. Novell. Justin. part. 7. c. 4. num. 15. Andreas Gerhards Decad. 11. questio. 2. Schurerius in tractat. de hereditatib. qua ab intest. defer. tit. 8. regul. 1. ampliat. 5. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 6. quest. 10. Ungepaun. Exercitior. Justin. 14. quest. 9. Arumans Exercit. Justin. 11. thes. 5. Hanonius Disputat. 12. controvers. 2. Plebst. dict. Disputat. 4. ad jus Topicum Würtemberg. thes. 80. ed. 1. Olemannus libro 3. disputation. juris civil. Giphani, disput. 23. num. 4. & 5.

Non adversatur isti conclusioni, quòd in dict. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. nepotum tantum & pronepotum, non etiam cæterorum fit mentio. Nam id exempli causa factum est. Exempla autem regulam non arcere aut restringere, sed duntaxat declarare, tralatitium est, arg. §. hactenus. 7. infr. de gradib. cognation. l. regula. 9. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor. l. damni infecti stipulatio. 30. §. fin. ff. de damno infecti. l. prator. 3. §. Iulianus. 2. ubi exemplo manifestius fiet. ff. de collat. bon. Zas. lib. 1. singul. respons. cap. 2. num. fin. Thoming. decis. 22. num. 4. Card. Tusch. tom. 3. conclus. 548. in princ. lit. E. [Quin & aliàs unius inclusio non est protinus exclusio alterius: sed quod unâ in lege est omissum, id suppleri debet ex aliâ lege: cum sit incivile, de sententia totius juris judicare, unâ saltem particulâ ejus lectâ aut inspectâ, auctore Celsò in l. incivile. 24. ff. de legib. Atqui ex prædictis, tam veteribus legibus, quàm Novellâ Iustiniani constitutione apparet: jus repræsentationis non solum nepotibus & pronepotibus, sed deinceps etiam aliis descendentes concedi. d. l. 1. §. liberos. 7. ff. de conjungend. cum emancip. liber. d. §. ult. infr. hoc tit. d. Novell. 118. c. 1.

Minus obstat l. si libertus. 23. §. 1. ff. de bonis libert. ubi nepotes patroni ad liberti successionem non admittuntur, quamdiu filius patroni adest: hac additâ ratione: quia proximum quemque ad hereditatem liberti vocari, manifestum est. Etenim illud in jure patronatûs cum specialiter receptum sit: ad consequentiam non est producendum, l. quod verò contra. 14. & l. seq. ff. de legibus, &c. Ratio autem specialitatis est: tum quia jus patronatûs non defertur jure hereditario. l. ut jurisjurandi. 7. §. si liberi. 6. ff. de operis libertor. Ioan. Fab. in d. §. cum filius infr. hoc tit. num. 2. tum quia jus patronatûs est personale: ac proinde non ita facillè transmittitur, ut nepotes cum patris in locum defuncti veniant, Christophorus Castellionus in l. si duo patroni. 13. in pr. ff. de jurejur. Ias. conf. 21 §. lib. 2. Forst. d. lib. 4. c. 22. n. 6. & 7. Timans. Faber d. disput. 21. ad Instit. Imperial. sub th. 6.

Nec præterea aliquid momenti habet, si obijciatur: otiosam hanc esse, & nimis supervacuum disputationem; propterea

pterea quod nunquam ferè accidere soleat, ut ad id ætatis nostro quis seculo perveniat, ut moriens abnepotes, remotioresvè descendentes relinquat. Quandoquidem in materiâ fideicommissi, per testatorem descendentes sive familiæ relictæ, disquisitio illa utilitate non caret.

- 79 Hoc namque fideicommissum devolvitur ad eos, qui post mortem unius è familiâ, qui primus id obtinuit, ab intestato tanquam proximiores defuncto succedunt, *l. cum ita legatur (in Gothofredi corpore est l. omnia) 32. §. fin. ff. de legat. 2.* Quare si ponas: fideicommissum ad nepotem, ceu ad proximorem, devolutum esse, isque postea moriatur, superstitibus pronepotibus & abnepotibus defuncti, à quo fideicommissum procedit: hinc profectò abnepotes unâ cum pronepotibus fideicommissum consequentur. Intran enim (*ut antè num. 69. ostensum*) locum parentum suorum, eosque repræsentant. Et sanè quod repræsentatio non solum in dispositione legis vel statuti, locum habeat, *per notata Alexandri conf. 88. incip. quod concurrere. vol. 1. Iason. conf. 159. incip. Odericus. col. 4. vers. quintò & ultimò. vol. 4. & Decii in l. 1. col. 6. in 14. notab. C. de secund. nupt. sed etiam in feudis, emphyteusi & fideicommissis, atque ita in dispositione hominis tenent gloss. in d. l. cum ita legatur. 32. §. ult. ff. de legat. 2. & ibi Bartol. Angel. de Perigliis, & Castrensi. Imola in l. Gallus. 29. §. 1. ff. de liber. & posthum. heredit. instit. Tiberius Decian. respons. 1. num. 350. & seqq. vol. 1. & resp. 9. vol. 2. hosque citans Borch. in d. tract. de gradib. pag. 185. edit. 1. Franc. Mantica in tract. de conjectur. ult. volunt. lib. 8. c. 11. n. 2. Heigius hic c. 5. n. 53. Rudinger. lib. 2. var. lect. jur. feud. c. 19. Consil. Marpurg. 18. n. 96. & seqq. vol. 1. & Chassanaus in consuetud. Burgund. fol. 150. quem refert Forsterus d. lib. d. de successionib. ab intest. c. 22. n. 5. qui tamen num. 2. hanc Accursii opinionem à plerisque Interpretibus, quos recenset, communi suffragio rejectam esse, asserit.*

- 81 Et si autem omni jam luce est evidentius: non nepotes tantum, & pronepotes; sed inferiores etiam descendentes jure repræsentationis cum propinquioribus ad successionem ascendendum admittendos esse: id tamen dubitationis haud est expers: ecquid nepos ex filio primogenito, in successione Regni vel Electoratus patruo suo secundogenito sit præferendus? Sed huic illum præferendum esse constat ex aurea Bulla Caroli IV. tit. 7. quæ in dignitate Electoratus apertè præfert primogeniti filium patruo. Ergo & in regali successione idem statuendum erit: eò quod electoralis dignitas regiæ æquiparetur. *Daniel. Moller. lib. 1. semest. c. 40. num. 1. Paul. Berens disput. ad Institut. 8. them. 1. quest. 4. vers. Quarto jus primogenitura, &c. pag. 173.* Hujusque enunciati rationes potissimæ hæ sunt: I. Quia unius Regis plures primogeniti esse nequeunt, sed unus solummodo, & quidem natu maximus, ac heres suus, argumento *l. quod contra. 141. in fine ff. de reg. jur.*
- 82 Atqui nepos est primogenitus heresque suus: quia in patris sui mortui locum succedit, & communi & feudorum jure, *l. si nepotes. 7. ff. de collat. bonor. tit. 8. in princ. ibi, nepotes ex filio loco sui patris. lib. 1. feud.* Imò nepos mortui patris sui locum adeò repente occupasse dicitur, ut ne momento quidem ullo vacasse patris locus intelligatur, *arg. l. 2. in fine principii. ff. de bonis libertor. & l. 3. §. ult. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Ergo merito nepos eodem, quo pater, jure utitur, *l. qui in jus. 177. ff. de reg. jur.*
- 83 II. Quia naturâ pater & filius eadem ferè persona reputantur, *l. ult. C. de impuber. & al. substituit.* Unde vox patris, tanquam vox filii est auctore Justiniano in §. si quis alii. 4. vers. ei verò. *infr. de inutilib. stipulat.* & una caro probantur pater & filius. *can. contradicimus. 21. §. hac auctoritate. caus. 35. q. 3.* Hinc pater, cui commissæ est à Republicâ legatio, filium legationi expediendæ substituere potest, *l. sciendum. 4. §. legati. ff. de legationibus.* Quare ut pater primogenitus, sic & ejus filius ad primogenituræ jus admitti, & in eo patruo suo præferri debet. III. Quia filius primogenitus vivo quoque patre, jus suum primogenituræ perfectè acquisitum habet: quippe cum illud fratri suo, etiam vivente adhuc patre, vendere & cedere possit, ut jus divinum & canonicum testantur, *Genes. 25. v. 31. can. quam periculosum. 8. caus. 7. q. 1.* Quod au-

tem perfectè cujusque est, id ad suos quoque transmittit heredes, ut qui in omne jus defuncti succedunt, *l. heredes. 59. & l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Quocirca primogenitus filius jus suum primogenituræ ad propriam suam sobolem transmittit: præsertim cum illud (*ut modo dictum*) alii cedere possit: & id, quod cessibile est, ad heredes etiam sit transmissibile, *arg. l. ex pluribus. 42. ubi Bartol. n. 1. & alii. ff. de administr. & peric. tutor.* Verum an & quatenus jus primogenituræ vendi possit à filio primogenito, uberius exponit Tiraquell. in *Commentar. de jur. primogen. quest. 29.* eumque citans D. Martin. Rümelin. *Dissert. 6. part. 1. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th. 10. IV.* Quoniam in odiosis etiam eadem jura, quæ filius habebat, nepoti dantur. *l. si quis filium. 34. circa med. ibi, jubemus, in tali specie eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat, &c. C. de inofficioso testam.* Quapropter jus quoque, quod primogenitus obtinet, eo mortuo soli ipsius filio dabitur. V. Quia jus ordini & loco alicui concessum, ei tantum, qui ordinem & locum illum occupat, debetur, *arg. l. immunitates. 4. & l. semper. 5. §. quibusdam. 12. ff. de jure immunitat. l. 1. in princ. l. 3. §. 1. & l. 4. §. quanquam. 3. ff. de censib.* Quod vel maximè in regali procedit dignitate: quib. cum uni ordini sive stirpi acquisita est, quamdiu in eâ masculus superest, tamdiu ad alteram non transfertur. *tit. 1. §. 1. tit. 14. §. 1. & tit. 18. §. si quis miles. lib. 1. feudor. & tit. 11. lib. 2. feudor.* Atqui verò jus primogenituræ ordini & loco filii natu maximi tributum est. Ideòque jus illud ei debetur tantum, qui in locum & ordinem filii natu maximi successit, qualis est nepos, *argum. l. filius. 28. §. 1. ff. de liberis & posthum.* ex quâ elucet: quòd, priore subducto de familiâ suo herede, ulterior in proximum locum succedat. VI. Quia jura magis subveniunt de damno vitando certanti, quam lucrum captanti. *l. Proculus. 26. ff. de damno infect. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aqua, & aqua pluvi. arcend. l. si is, cui. 71. in fin. ff. de furtis. & l. un. C. pœnis fiscalibus creditores præferri. lib. 10.* Sed nepos in nostrâ specie de damno vitando certat: quoniam spem succedendi in patre suo radicatam habet, quæ jam ad ipsum transmissa est. Patruus autem de lucro captando laborat: quia, quod petit, nunquam habuit: ita ut si id consequeretur, tanquam merum lucrum ipsi obtingeret. VII. Denique hæc sententia exemplis etiam seu judicatis probari illustrarique potest. Nam Angli Eduardo Regi Richardum nepotem, ex Eduardo filio ejus primogenito, suffecerunt; postpositis aliis tribus ipsius Eduardi Regis filiis, *referente Polydoro in histor. Anglic.* Similiter tempore Caroli Pulchri, Regis Galliarum, Anno 1331. per Proceres Regni Comes Nivernensis declaratus Flandriæ Comes, & Patruo prælatus fuit, *ut tradit Paulus. Amelinus.* Idem & sub Ottone Magno, deinde sub Henrico I. Imp. in Germaniâ contigisse: & Patruos à fratribus filiis duello superatos legitur apud Witekindum, *lib. 2. histor. Atque bis, aliisq. pluribus argumentis & exemplis hanc conclusionem firmant Tiraquellus in Comment. de jure primogenior. quest. 40. n. 19. & aliquot seqq. Hotoman. illust. quest. 3. Mynfinger. cent. 3. observ. 23. D. Collega Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c. 3. quest. 48. pag. 323. D. Collega Besoldus lib. 1. de reg. success. dissertat. 7. num. 4. & lib. 1. Politicor. c. 6. §. 5. num. 30. Knichen. in Comment. de Sax. non provoc. jur. ad verb. Electorum. c. 3. Nicolaus Betsius, in tract. de pactis famil. illustr. c. 8. pag. 459. & seqq. Jacobus à Saâ, Eques Lusitanus, in tract. de primogenit. per discursum. Ludovic. Molin. de majorat. tract. 2. quest. 626. & 632. Arumæus Exercit. Justin. 11. th. 6. Fachin. lib. 6. controversiar. jur. c. 2. Johan. Andree in additionib. ad Speculator. super rubricâ, de feudis. versic. redeundo ad individuum, & circa finem. Oldrad. consil. 224. incip. Iste sunt allegationes, &c. Frider. Schenck. Baro ad tit. 14. de feudo Marchie. l. 1. feudor. numer. 14. Heigius hic cap. 5. numer. 72. Petr. Greg. de Republ. lib. 7. c. 10. Henning. Arnizam polit. lib. 1. c. 9. p. 220. & lib. 2. de Republ. c. 2. sect. 10. Hunn. lib. 3. var. res. jur. civ. tract. 5. quest. 26. Lipsius monit. polit. lib. 2. c. 4. n. 2. & 3. Chassanaus de gloria mundi, part. 5. confid. 42. Ranchin. de success. ab intest. §. 10. n. 8. & seqq. Buxtorff. disp. ad Aurcam, Bull. th. 85. lit. e. Johan. Lauterbach. in suo Principe*

Christiano. c. ult. num. 132. *Quirinus Cubach. lib. 2. In-
risprud. publ. c. 31. num. 7. & seqq. Arnold. Engelbrecht.
in Disquisit. de success. in Elector. th. 15. Iohan. Wolfgang
Hiller. in Resolut. tit. 7. Aur. Bull. th. 3. & seqq. D. Mar-
tinus Rümelinus, Gener meus, filii instar, Charissimus, d.
Dissertat. 6. part. 1. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imp. th. 2. &
4. ibiq. Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 170. Ioan. Georg.
Majer. etiam Gener mihi exoptatiss. in Synopsi Iurisprud.
Beneficiar. sect. 3. cap. 9. num. 102. pag. 63. egregie Il-
lustris Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liber. privileg.
3. cap. 1. num. 23. & cap. 4. num. 4. & seqq. Matthias Ste-
phani cent. 3. quest. 5. alique ab his allegati. Tamen si
(post multos alios, quos cumulat Tiraquellus d. q. 40. nu-
mer. 15.) dissentiant Cujacius ad tit. 11. libri 2. feudor.
Ioan. Petr. Surdus consil. 403. num. 34. & seqq. lib. 3. &
Goldastus, in Discursu exoterico d. tractat. Iacobi à Saà, &
Ludovici Molina præfixo, prout illum allegat D. Besoldus
d. lib. 1. Politic. c. 6. §. 5. num. 30. in fine.*

90 Conclusio nostra primò non obstat, quòd jus repræ-
sentationis hanc vim tantum habeat, ut eo jure fretus re-
motior cum proximiori in successione concurrat, non et-
iam ut proximioris prorsus excludat: id quod in pro-
posito casu contingit. Nam præterquam quòd dispar
est causa hereditatum privatarum & regalis dignitatis, in
quam jure singulari primogenitus tantum exclusis cæteris,
succedit: haud perpetuum est, quòd repræsentationis jus
non pertineat etiam ad excludendum aliquem, qui pari
sit gradu cum eo, qui repræsentationis jure ad successio-
nem admittitur. Fratrum namque filii Germani, qui pa-
res sunt gradu defuncti fratribus, præferuntur in succes-
sione eiusdem defuncti patris, & aliis similibus. *Novell.
118. c. 3. & Auth. post fratres autem. vers. hi autem. C.
de legit. heredib.*

91 Secundò non obest, quòd ubi valet proximitatis ratio,
non possit etiam valere ratio repræsentationis; eò quòd
invicem pugnent. Quia hoc falsum esse, ex d. *Novell.
118. c. 3.* liquidò constat: ubi fratris præmortui filiis suc-
cessio sive jus repræsentationis ita conceditur, ut simul
cum fratre superstite, patruo suo, qui propinquior est,
admittantur. Unde manifestum est, quòd illo casu jus
repræsentationis cum propinquitatis jure concurrat. Et
92 quamvis jus repræsentationis tantum in ordine descenden-
tium sive liberorum, & non collateralium, sit receptum,
unus tamen duntaxat ille casus exceptus reperitur, quem
introduxit Iustinianus d. *Novellâ 118. c. 3.* ubi etiam in
transverso limite solis fratrum filiis hoc tribuit, ut in suc-
cessione patres suos repræsentarent; atq; ita patruo suc-
cederent unâ cum patris. *Forster. lib. 4. de successione.
ab intest. c. 21. Wesenbec. in d. §. cum filius. 6. inf. hoc tit.
num. 2. & 3.*

93 Tertiò non adversatur, quòd filii non debeant esse dete-
rioris conditionis, quam nepotes. *l. si viva matre 3. vers.
nam licet. C. de bonis maternis.* Atqui si nepos admittere-
tur ad regnum, excluso patruo, seu defuncti filio: melior
esset conditio nepotis, quam filii; & hujus deterior, quam
illius. Respond. enim: filii meliorem, quam nepotis de-
bere esse conditionem, si eadem sit ratio utriusque. Ast
in proposito diversissima est ratio nepotis & filii. Nepos
siquidem refert ac repræsentat patrem suum defunctum,
atque pro primogenito habetur. *l. 3. C. de suis & legit.
liberis d. §. cum filius. 6. infra hoc t. d. Novell. 118. c. 1. &
3. & consequenter ejus in locum successit: ejusque jure
& privilegio utitur fruitur. d. l. qui in jus. 177. ff. de reg. jur.*

94 Quarto nihil ad rem facit hæc ratiocinatio: Si nepos,
jure primogenituræ, in successione avita antefertur patruo
suo: succedet vel ex consuetudine, primogenitum secun-
dogenito anteferente: aut verò succedet, illique præfere-
tur jure communi. Atqui non præfertur nepos patruo
ex consuetudine, primogenitum ad successionem vocante,
eundemque secundogenito præferente: quia non est pri-
mogenitus, utpote quem geniturâ præcedit patruus: nec
etiam ex jure communi patruo præfertur: cum hoc ju-
re beneficio repræsentationis, æqualiter cum patruo suc-
cedat. *d. §. cum filius. 6. infra hoc tit.* Igitur consequens
est: nepotem ex primogenito, jure primogenituræ, patruo
suo non præferri. Hæc, inquam, ratiocinatio nihil ad rem

facit. Quia respondendum: nepotem ex filio primoge-
nito, jure primogenituræ, succedere & patruo præferri
non tam ex jure communi, quam ex statuto vel consue-
tudine, primogenitum secundogenito anteferente. Licet
enim nepos ex primogenito natus non possit, propriè &
accuratè loquendo, dici primogenitus: utitur tamen
jure primogeniti, patris nimirum sui, cujus in locum re-
pentè succedit, cujusque personam repræsentat, sustinet,
& occupat, per rationes & jura superius allegata.

Quintò non refragatur hoc argumentum: Quod in spe 95
tantum est, id utique transmitti non potest. *l. sed si plures.
10. in princ. & l. qui habebat. 47. ff. de vulgari & pupill.
substitut. l. Sempronius. 26. ff. de usu & usufruct. legat. l.
si cum heres. 4. ff. quando dies legator. vel fideicom. ced.
l. heres meus. 79. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.* Atqui jus
primogenituræ filio primogenito defuncto, cum adhuc
viveret, in spe duntaxat competeat. Ergo id ad filium
suum transmittere non potuit. Hoc, inquam, argumen-
tum non refragatur. Respondetur etenim: illud, quod
dicitur, spem non esse transmissibilem, simpliciter verum
non esse: sed tum demum procedere, cum spes non sa-
tis firma aut radicata est, nec certa: cujusmodi non est
hæc, de quâ hic agitur, quæ primogenito à nemine aufer-
ri potest. Ideoque haud dubiè transmittitur. Quinimò
quòd spes etiam ad heredes extraneos transmittatur, lu-
culenter patet ex §. *sub conditione. 4. infr. de verb. obli-
gationib.* ubi Iustinianus in hæc verba scribit: *Ex conditio-
nali stipulatione tantum spes est, debitum iri: eamque i-
psam spem in heredem transmittimus, si prius, quam con-
ditio extet, mors nobis contigerit.*

Sextò nihil nostræ decerpit sententiæ hæc argumenta- 96
tio: Si jus primogenituræ in nepotem transmittitur: tunc
fit illud aut actu, aut potentiâ. At primum dici non po-
test: quia filius primogenitus vivo patre, non habet jus
actuale: ac ea propter nec illud transmittere potest. *l. si
quis filium. 34. C. d. inoffic. testam.* Secunda namque cau- 97
sa debet effectum suum agere ex vi primæ causæ, arg. *l.
tutor. 69. ff. de fidejussorib. & l. qui id quoq. 33. in pr. ff.
de donationib.* A primordio quippe tituli posterior forma- 98
tur eventus, *l. unic. in fine. C. d. imponenda lucrat. de-
script.* Et omnis derivatio præsupponit vim derivantis in 99
alterum, sine quo nulla potest fieri derivatio, arg. *l.
2. ff. de stipulat. servor.* Alterum quoque, quod de po-
tentiâ est, fieri non potest: quia talis potentia effecta est
caduca mortis filii: atque ideo nec transmitti potest. *l. un.
§. in novissimo. 5. & §. sin autem. 7. C. d. caduc. tollend.*
Hæc, ajo, nostræ sententiæ argumentatio nihil decerpit. 100
Quia jus competens beneficio legis (cujusmodi est jus pri- 101
mogenituræ) transmittitur etiam, antequam fuerit dela-
tum: ut patet in arrogato, qui legis beneficio habet quar-
tam in bonis arrogatoris, quam & in heredem transmit-
tit, nondum delatam. *l. si arrogator. 22. in princip. ff. de
adoptionib. l. 1. §. si impubere. 21. ff. de collat. bonor.* Sic & 102
querela inofficiosi testamenti non nascitur ante aditam
hereditatem. *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. 30. vers. quo-
niam. ff. de inoffic. testam.* & tamen si filius moriatur an-
te aditam hereditatem ab herede instituto, transmittit in
suum filium querelam, licet nondum natam, nec præpa-
ratam, per textum expressum in *l. si quis filium. 34. C. eod.*
cujus rationem glossa ibi, in verbo, *causam*, hanc reddit:
quoniam pater spem habuit. Igitur etiam si concedatur,
primogenitum vivente patre nihil juris ex primogeniturâ
habere: tamen ratione spei, & ejus quidem certæ ac in-
dubitæ, & quæ tolli non potest, hoc jus ipse in filium
transmittit. Sed & illud dici poterit, quòd potentia suc-
cedendi transmittatur etiam in nepotem à filio mortuo an-
te patrem, per *Novell. 118. c. 1.* Idque expressè voluerunt
Bartol. & Paul. Castrens. in *l. is potest. 18. ff. de acquir. vel-
omitt. hered. eosque referens Tiraquellus d. quest. 40. n. 125.*

Septimò non frangit opinionem nostram, quòd in jure 103
patronatus filius non repræsentat patrem, sed à patruo ex-
cluditur, tam in tutelâ, quam in successione liberti. *l. tu-
tela. 3. §. proinde. 7. ff. de legitim. tutorib. l. si libertus. 23. §. 1.
ff. de bonis libertor.* Nam aliud statutum est in successione
libertorum: aliud in successione sanguinis. In illis nepos non
succedit loco filii, per jura modò allegata: in his secus, d. §.
cum

- tum filius. 6. *infra hoc tit. d. l. 3. C. de suis, & legit. liber.*
104 *Auth. cessante. C. de legitimis hered.* Ratio differentia hæc est: tum quia jus patronatus jure hereditario non deferitur. *l. ut juris jurandi. 7. §. si liberi. 6. ff. de operis libertor. & dictum supra n. 76.* Tum quia favore libertatis, libertus plures patronos habere non debet. *Joan. Faber. in §. ult. infr. de success. libertor. Iason. in l. si avia. 2. Colum. 2. C. de success. libertor.*
105 *ser. edito.* Ceterum ad tutelam quod attinet: dici potest, quod & ea jure hereditario ad alium transire nequeat, *per textum apertum in l. tutela. 16. §. 1. ff. de tutelis*, sicuti nec alia officia & dignitates. *l. non distinguemus. 32. §. questum. 16. ff. de receptis, qui arbitrium, & c. c. uno delegatorum. 42. ibiq. glos. de offic. & potest. judic. delegat.*
106 Octavo nihil negotii facessit, quod cessante causa, cessat effectus. *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. cum cessante. 60. de appellat. & propterea cessante causa privilegii, cessat ipsum privilegium. l. ex facto. 43. in pr. ubi Bartol. & Bald. ff. de vulg. & pupill. substituit.* Atqui in nepote ex primogenito cessat & deficit primogenitura, quæ causa est hujusmodi juris & privilegii, prælationis in successione. Ergo & ipsum privilegium, quod primogenitura tribuit, cessat & deficit. Nihil inquam, negotii istud facessit. Major siquidem propositio non procedit, quando reliquæ quædam causæ remanent & supersunt. Tunc quippe licet cesset causa: non tamen cessat effectus, propter reliquias illius causæ, *arg. l. 2. & 3. ff. de act. rer. amotar.* At in nostro casu adhuc reliquæ primogenituræ super sunt. Siquidem ex prædictis constat, jus primogenituræ à filio in nepotem transmissum ac translatum esse. Et sanè cum nepos primogenitum, patrem nempe suum, repræsentet, & cum eodem una eademque persona habeatur: non potest dici, jus primogenituræ deficere & cessare. *d. l. ult. C. de impub. & al. substituit.*
108 Nonò & ultimò nihil movet, quod jus primogenituræ sit privilegium personale: proindeque ad heredem non transeat, *l. in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. de regul. jur. in 6.* Etenim id nostram potius confirmat, quam evertit sententiam: quippe cum ex eo evidenter sequatur, quod jus primogenituræ nec ad patrum transeat: quoniam pars patris in filio remanet, vivit, vigetque; ita ut mortuus dici nequeat, *per textum rotundum in d. l. ult. C. de impub. & aliis substitutionib.*
109 in quâ dicitur, quod naturâ pater & filius eadem esse persona penè intelligantur. Ubi probè ponderandum est verbum, *naturâ*: quod arguit id ita esse non tam ex fictione, quam ex veritate ipsius juris naturalis. Est siquidem verè filius portio patris, in eoque est substantia & caro patris: imò unus est cum patre ipso, *ut supra num.*
110 *67. dictum ex can. jam itaq. 8. caus. 1. q. 4.* Et (ut scite scripsit Paulus de Castro *cons. 264. col. 3. lib. 2.*) caro filii, est veluti caro patris aucta: ita quidem, ut licet efficiatur novus homo, propter novam animam: non tamen dicatur primus homo omnino extinctus. Sicuti in simili arbor haud ob id mortua dicitur; quod, antiquis radicibus mortuis, quæ loco animæ sunt, cum vitam suppedient, novas egerit, *argumento l. adeò. 7. §. ult. & l. qua ratione. 9. in princ. ff. de acquir. rer. dom.* quamvis alio respectu dicatur alia arbor, propter novas illius radices. *l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. eod. tit.* Ex quo consequitur: quod primogenitus non dicatur prorsus extinctus, cum nepos ex eo superest, in quem caro & substantia patris transfusa fuit. Quod & apertè significat illud Ecclesiastici *cap. 30. v. 4. Mortuus est pater ejus, & quasi non est mortuus. Similem enim reliquit sibi post se, &c.* Præter hæc modò allata, complura sunt alia, pro patruo contra nepotem quæ facere videntur, argumenta; sed ad ea latè abundèque respondit Tiraquellus in *d. tract. de jure primigenior. d. q. 40. num. 100. & multis seqq. itemq. noviter Hunnius d. lib. 3. var. resol. tract. 1. q. 26. pag. 779. seqq.* quia porro jam sæpiusculè primogeniti facta est mentio, & deinceps quoque ejusdem jura paulò latiùs declarare animus est: idcirco priusquam longius progrediar, quis dicatur primogenitus, breviter exponam. Primogenitus igitur is dicitur, qui primus natus est, sive alii post eum nati sint, sive nulli ipsum secuti fuerint. *cap. Joseph. 5. ext. de verb. significat.* Idque verbi etymon sive notatio apertè indicat. Pri-

mogenitus quippe is appellatur, qui primus est genitus. Atqui & eum primum esse genitum, post quem nulli alii sunt nati, quique unigenitus est, plusquam manifestum est. *Carol. Molin. in Commentar. in consueind. Paris. univ. l. 1. §. 8. glos. 1. numer. 1. Balthasar. Thomasius tract. b. tit. 1. fol. 537. & seqq.* Eandem sententiam dilucidè confirmat *textus in c. 8. v. 16. & c. 18. v. 15. Numeri, item in c. 13. v. 2. Exod.* quibus in locis primogenitum dicitur omne, quidquid primum aperit vulvam, vel quicquid primum erumpit è vulvâ: nec distinguitur, utrum id unigenitum sit, an minus. Eodem non parùm confert exemplum Christi, qui primogenitus dicitur Mariæ filius, etiamsi post Christum ea nullos amplius liberos pepererit. *Matth. c. 1. v. ult.* Et nullo modo statuendum est, Iosephum post miraculosam Christi natiuitatem cognovisse Mariam, eamque plures edidisse liberos. Qui enim in scripturâ (more Hebræorum:) fratres Christi vocabantur, ejus cognati erant, non fratres. Neque vocabulum (*donec*) semper brevem alicujus rei durationem significat, *ut liquet ex Genes. c. 8. v. 7.* ubi ita legitur: *Aperiens Noë fenestram arca, quam fecerat, dimisit corvum, qui egrediebatur, & non revertebatur, donec siccarentur aquæ super terram.* Ubi ex adverbio *donec* minimè colligere licet, quod siccatis aquis, corvus deinde reversus sit in arcam. Sic in *Psal. 110. v. 1.* dicit Pater cœlestis ad filium suum Iesum Christum: *Sede à dextris meis: donec ponam inimicos tuos scabellum pedum tuorum.* Ex quo certè non rectè infertur: quod cum inimici positi fuerint scabellum pedum Christi in novissimo die, vel ei subjecti fuerint, non amplius sessurus sit ad dextram Patris. Sic quoque non rectè infertur *ex d. c. 1. v. ult. Matthæi* Mariam non mansisse virginem post natum Christum; sed potius ibi significatur: Mariam ante Christum primogenitum, nunquam antea fuisse imprægnatam: *ut benè ibi uterq. Osiander, Pater & Filius, annotavit.* Unde meritissimè in Ecclesiâ Dei refutatus & damnatus est Helvidii error, qui Mariam plures peperisse liberos contendebat. Et hoc ipsum jam olim adversus Helvidium, ejusque asseclas, scripsit Divus Hieronymus in *d. c. 5. ext. de verb. significat. Ioseph*, inquit, *non cognovit Mariam, donec peperit filium suum primogenitum.* Ex hoc loco quidam perversissimè suspicantur, & alios filios Mariam habuisse: cum mos divinarum scripturarum sit, *ut primogenitum non vocent, quem fratres sequuntur, sed eum, qui primò natus fuit.* Denique huc facit, quod in *l. ex duobus. 34. in fine principii. ff. de vulg. & pupill. substituit.* primus intelligitur non solum is, qui ante aliquem est, sed etiam is, ante quem nemo est: & in *l. qui duos. 9. in fine princ. ff. de reb. dubiis.* dicitur quis primus decessisse, licet post eum nemo decesserit. Sic & primum decretum appellatur, licet secundum non interveniat, aut subsequatur: *quemadmodum scribit Speculator in tit. de primo & secundo decreto. §. 1. in fine; eumque laudans Tiraquellus in Commentar. de jure primigeniorum. q. 1. numer. 5.* Hujusque disquisitionis usus insignis est. Si enim legatum fuerit primogenito Titii relictum; Titius verò præter eum, quem habuit tempore legati relictus, alios non susceperit; debetur legatum unico isti filio Titii: siquidem primogenitus est, quem alii non sunt subsecuti. Non autem debetur, si primogenitus solum is dicitur, quem nulli præcesserunt, sed alii subsecuti sunt, *tradente Hunnio lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. q. in fine.* Primogenitus itaque verè & naturaliter habetur, qui primus ex utero matris exivit, sive alius post eum, sive non, natus sit: adeò, ut si duo simul uno eodemque partu edantur, is, qui primus ex utero prodiit in lucem, quamvis confestim & momento temporis alter eum fuerit secutus, jure primogenituræ nihilominus gaudeat, *per textum satis apertum Genes. c. 25. v. 25. & 33.* ubi Esau prior egressus, & protinus, nullo temporis intervallo intercedente, secutus est Iacobus, illius plantam pedis manu tenens: ex isto temporis puncto jus primogenituræ consecutus est, quod postmodum fratri Jacobo vendidit. Sed & alias in jure nostro ratione brevissimi temporis quid dicitur altero prius, vel posterius

- & ita præponitur, vel postponitur. *l. si quis eum. 16. §. 1. ff. de vulg. & pupill. substitut.* ubi testamentum dicitur prius, quod unâ saltem horâ ante aliud confectum fuit. Atque hoc ipsum plurium Doctorum auctoritatibus confirmat Tiraquellus, *d. Comment. de jure primigenior. q. 2.*
- 121 *n. 2.* At quid dicendum, si is, qui primus genitus erat, illico, nullâ etiam editâ voce, ab hac luce subtractus & mortuus fuerit, an primogenitus censebitur? Et primogenitum censei, verius est: non solum quia primus ex utero materno exiit, vulvamque primus aperuit: sed etiam quia pro nato habetur, qui in hanc lucem editus statim decessit, *per textum clarissimum in l. quod certatum 3. C. de posthum. heredib. instit.* in cuius fine Iustinianus Imp. rescribit: non inspiciendum esse, an natus vocem emisit: sed hoc tantummodo requirendum, an vivus perfectè sit natus ad nullum declinans monstrum vel prodigium. Etenim non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, *respondente Paulo in l. non sunt. 14. ff. de statu homin.* Haud quippe satis est ad hominis propagationem, ut ex spermate humano oriatur: sed forma quoque humana requiritur, à cuius perfectione, ut cæteræ res; ita & homo nomen suum accipit, sine quâ rationis particeps reddi nequit. *l. Julianus. 9. §. sed si quis. in fine. ff. ad exhibend. l. si is, qui. 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Idque latius explicat Hunnius *d. lib. 3. var. resolut. tract. 1 q. 20.* Porro de monstrosis partibus multa scitu perdigna collegit Speidelius in *Notab. jurid. histor. polit. lit. M. num. 31. verb. Mißgeburt. pag. 657. & seqq.*
- 124 Quanquam autem, per rerum naturam fieri non potest, ut duo pluresve simul, uno impetu, ex utero matris erumpant. *l. Arescusa. 15. ibi. nec enim natura permisit. ff. de stat. homin.* cum tamen interdum vel per incuriam obstetricis, vel aliam ob causam ignoretur (Id siquidem nonnunquam ignorari, relucet *ex l. si fuerit. 10. in princ. & §. 1. ff. de reb. dubiis. item ex Genes. c. 38. v. 27. & seqq.*) uter ex gemellis, aut etiam ex fratribus non geminis, prior ventrem maternum exierit: idcirco intricata admodum & anceps quæstio exoritur, uter illorum jure primogenituræ gaudere debeat; De hac quæstione tot ferè extant Interpretum opiniones, quot illorum sunt capita. Alii namque utrumque admittunt: alii, neutrum primogenituræ prærogativâ uti debere, statuunt: alii gratificationi Superioris locum esse, censent: alii vel formosiorrem, vel robustiorem primogenitum esse, præsumendum existimant: alii patris esse electionem, utrum sibi velit esse primogenitum, arbitrantur: alii eum, qui in possessione est, pro primogenito habendum putant: alii eum, qui primus juris primogenituræ possessionem nactus est post mortem patris, etiam si tempore litis contestatæ non possideat, alteri præferendum esse, autumant: alii totum hoc negotium sorte dirimendum concludunt: alii denique in alia sententiarum divortia abeunt. Quas opinioniones copiosissimè & diligentissimè referunt & examinant Ioannes Ciriæus in *tract. primogenitura. lib. 1. q. 6. & aliquot seqq.* Molinaus *d. Comment. in consuetud. Paris. t. 1. §. 8. gl. 1. n. 3. cum seqq.* Tiraquellus *d. Comment. de jure primigenior. q. 17.* Hunnius *d. lib. 3. tract. 1. q. 21.* D. Rumelin. *d. dissert. 6. ad Aur. Bull. th. 8. & Hieronymus de Cavallos tom. 1. opinion. commun. contra com. q. 248.* In isthac Interpretum dissensione eorum reor ego probandam sententiam, qui sorte ritè pièque instituta rem terminari, dirimique debere, affirmant. Quæ sententia confirmatur per omnia jura, quæ rem dubiam forti committendam esse volunt. *l. sed cum ambo. 14. ff. de judic. l. si qua sunt cautiones. §. ff. famil. ercisc. l. generaliter. 24. §. quid ergo, si plures. 17. ibi, aut sortiri eos oportebit. ff. de fideicommissar. libertatib. l. ult. in princ. C. communia de legat. §. optionis. 23. in fine. supr. de legat. & l. 2. post principium.*
- 126 C. quando & quib. quarta pars debetur, &c. Eidem sententiæ non parum roboris addit, quod non solum Deus ipse terram promissam inter tribus populi Israelitici sorte dividi iusserit. *Num. c. 26. v. 55. & seq. cap. 33. v. 54. c. 34. v. 2. & 13. rursumque cap. ult. v. 2. Deuteronom. c. 1. v. 38. &c. 31. v. 7. Iosua c. 1. v. 6. 13. & aliquot seqq. 1. Paralipom. c. 24. v. 5. & Psalm. 77. v. 55.* verum etiam Sacer-

dotes, Levitæ, Ianitores, Clerici, Apostoli, & cæteri sacris rebus præfecti, fortibus olim deligi soliti fuerint: *ut videre est ex 1. Paralipom. cap. 24. 25. & 26. actor. cap. 1. v. 26. oan. non statim. 2. & can. non exemplo. 4. caus. 26. q. 2. can. clerics. 1. Distinct. 21.* Quin & exemplis admodum illustribus nostra assertio corroboratur. Nam refert Livius *lib. 1. ab Urb. condit.* Romulum & Remum, cum essent gemini, nec ætatis verecundia discrimen facere posset (ignorabatur enim, uter eorum esset major natu) sorte augurii diremisit, uter nomen novæ urbi daret, quique conditam imperio regeret. Sed & post mortem Romuli Interrex sorte delectus est. Patricii siquidem in Senatum conscripti à Romulo ducenti numero cum essent; divisi sunt in decurias, posteaque immisâ sorte, illi, quorum fors prima exibat, Urbi præsidebant, Imperatorium magistratum agentes, *ut tradit Dionysius Halicarnassæus lib. 2.* Darius primus Persarum Rex, regnum sorte adeptus est. Eo namque regno vacante, mortuo Cambyse, Smerdeque fratre occiso, septem ex Persis, & ii quidem prudentiores, successionem regni sorti fortunæque commiserunt: ita scilicet, ut sub ortum solis conscensis equis, eos ante regiam producerent, & cuius equus vocem sive hinnitum primus edidisset, is regno potiretur: quod & factum est, Dariusque eo pacto, quoniam scilicet ejus equus primus omnium adhinnivit, regnum obtinuit, *referente Herodoto lib. 3. Ammiano Marcellino lib. 23. post medium. Orofio lib. 2. c. 9. & Polyano lib. 7. stratagemat.* Præterea successores quoque Alexandri Magni regnum sorte inter se divisisse, scribit Iustinus *lib. 13.* Hujusque rei exempla ferè innumera ex probatis Historicis & Scriptoribus accumulavit Tiraquellus *prædictâ quæst. 17.* Quæ profectò exempla, cum juri & divino & humano, sortitionem licitam approbanti, congruant: omnino contemni, aut floccipendi non debent. Nec ad rem facit, quod in nostro præfenti casu nulla lex, nulla Principis constitutio sortem admittat: ac proinde ex supra adductis textibus nil quicquam firmiter inferri queat. Quicquid enim in jure expressè prohibitum non est, id censetur permixtum & concessum *arg. l. 1. §. 1. ff. de testibus.* Cum igitur fors, in quâ nullus dolus aut fraus sive captio intervenit, nullibi reperitur in nostro casu prohibita: utique permixta ac concessa intelligetur. Quò confert etiam, quod in *l. 130 neque leges. 10. & tribus seqq. ff. de legibus.* à Iuliano & Ulpiano respondetur: neque leges, neque senatusconsulta ita scribi posse, ut omnes articulos, aut casus, qui quandoque inciderint, sigillatim comprehendant.

Nihil quoque movet, aut urget, quod objectatur à plerisque quæstionem præsentem (uter ex gemellis sit primogenitus?) esse potius facti, quàm juris. *l. idem erit. 16. ff. de statu hom.* Comune a. esse & vulgatum Doctor. axomia: quæstionem tantum juris, non quæstionem seu dubium facti sortitione terminari debere: sed factum allegantem ad ejus probationem obligatum esse. *l. 2. cum, qui. 22. ff. de probationib. l. actor. 23. C. eod. Gloss. in l. unic. in verb. prohibebit. in fin. ibiq. Cynus. Bartol. Bald. Salicet. Angel. & cæteri. C. uti possidet. Iason. Alex. Cornuus, & alii in l. ult. C. commun. de leg. Ioan. Andr. Panormit. & Ioan. de Anania in c. ult. ext. de sortilegis. idem Panorm. Felinus, & omnes ferme Canonistæ. in c. licet causam. 9. ext. de probationib.* Etenim respondetur: illud axioma nullo jure probari; & rationes easdem, quibus in dubio juris ad iudicium sortis recurritur, æquè militare in dubio sive incertitudine facti, quod aliter non potest ita commodè explicari, putà ut ambitionis vel gratiæ suspicio auferatur, *arg. d. l. generaliter. 24. §. quid ergo 17. ff. de fideicommissar. libert. & ut altercatio finiatur, d. l. ult. C. Communia. de legat. Ita tenent Philippus Decius in d. c. licet causam. 9. num. 28. de probat. Carol. Molinaus d. Comment. in consuetud. Paris. t. 1. §. 8. gloss. 1. n. 8. cum seqq. & novissimè Clarif. Dn. Collega Besoldus l. 1. de regia successione. dissertat. 4. num. 14.*

Dubia quoque & notabilis controversia est: utrum descendentes ad avi vel proavi hereditatem admittantur, quando parens eorum prædefunctus paternæ vel avi-tæ hereditati nondum delatæ, legitimè renunciavit? Cujus quæstionis sive controversiæ, ut melius ea intelligatur, familiare hoc sit exemplum: Nobilis quædam virgo, cum nuptui

nuptui collocaretur, acceptis in dotem mille florenis, hereditati paternæ renunciavit cum juramento, *juxta formam c. quamvis. 2. de pactis. in 6.* Postea decessit relictis aliquot liberis. Quæritur, an ejus liberi ad defuncti avi hereditatem, tanquam nepotes, cum avunculis suis sint admittendi? Et sanè si filia, quæ renunciavit post patrem suum mortua fuerit: unanimis & expedita Doctorum conclusio est: nepotes, propter renunciationem istam juratam, cum avunculis avo succedere non posse. *Bellon. consil. 15. num. 14. Baptista à Villalobos in communib. opinionib. verbo, filia. num. 150. Rodericus Zuarez in repetit. l. quoniam in prioribus. 32. limitat. 4. num. 9. C. de inoffic. testament. Grassus in libro receptar. sentent. §. legitima. quæst. 4. num. 3. aliq. per hunc adducti. Eadem de re videatur Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. 1. q. 17. & 18. itemq. Rittershusius in exposit. Novell. Justin. part. 7. c. 9. num. 3.* Illud autem perplexum est: si filia, quæ paternæ (accepta dote) renunciavit hereditati vivo adhuc patre, mortem obierit: nunquid ejusdem liberi cum avunculis vel materteris suis, avi, qui post filiam decessit, hereditatem petere possint? Et (nil remorante contrariâ opinione Ludovici Romani *l. qui superstitis. 94. num. 3. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Decii consil. 181. colum. penult. Guilielmi Bened. in c. Raintius. vers. duas habet filias. n. 181. de testam. Socini junioris, consil. 67. n. 59. vol. 2. Berol. consil. 49. n. 38. vol. 1. Belloni consil. 15. n. 6. cum seqq. & aliorum quorundam) posse verisimilior est, eaque receptior traditio.

133 Quæ quidem sequentibus potissimum innititur rationibus ac fundamentis. Primum quia ubi filia renunciat hereditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem loco hereditatis: sed dote contenta dicitur hereditati adhuc sibi debitæ renunciare. Pater siquidem filia dotem dare tenetur. *l. ult. C. de dot. promiss.* Et nihilominus filia patri succedit, conferendo tamen dotem. *l. illam. 19. C. de collationib.* Ergo non videtur hereditatem consecuta, seu loco hereditatis accepisse dotem: sed acceptâ dote, non amplius succedere potest: quia renunciavit. Filii igitur ejus, quibus hereditas avi non ex personâ matris, sed ex jure proprio defertur, illam vindicare queunt: cum neq. renunciaverint, neque ex personâ renunciantis veniant.

134 Deinde isthæc filia renunciatio censetur facta sub hac conditione: *si hereditas paterna ad ipsam viventem devoluta sive delata fuerit.* Atqui si filia ante patrem decedat: hereditas paterna ei non defertur. Ergo nepotes, utpote deficiente conditione, renunciationis tacite inserta, ab avi successione non excluduntur. Qui enim sub unâ conditione renunciat, is sub contrariâ conditione non renunciasse, sed hereditatem sibi, suisque posteris reservare voluisse intelligitur, *argumento l. quotiens. 14. in fin. ff. de novationib. l. si ita sit scriptum. 45. §. 1. ff. de leg. 2. & l. Titio ususfr. 96. ff. de condit. & demonstrat.* Adhæc renunciatio strictissimi juris est: nec egreditur personas renunciantium: neque etiam ad jus porrigitur, quod verbis ejus palam non est comprehensum. *l. quicquid adfringenda. 99. ff. de verb. obligat. Socin. consil. 96. visoprocesu in fin. lib. 1.* At filia suo tantum juri, non verò liberorum suorum renunciavit: imò ne renunciare quidem potuisse videtur, *arg. l. si unus. 27. in pr. ff. de pact. & totius t. C. ne filius pro patre, &c.* Quocirca liberi, non obstante matris renunciatione, ad successionem avi hoc casu pervenire poterunt. Quando enim mater renuncians moritur, superstiti patre: liberi illius statim subintrant locum matris, iisque successio debetur, non quidem intuitu matris, sed provisione seu beneficio legis, tradito in *Auth. cessante. C. de legitimis heredib.* quod beneficium ipsis adimi non debet, *arg. l. si arrogator. 12. §. 1. ff. de adoptionib. & l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam.* Præterea aliquid firmamenti nostra sententia habet *ex l. si ex patronis. 10. §. 1. in fin. ff. de bonis libertor. & l. si quis filio. 6. in princ. ff. de injusto, rupt. irritato facto test.* ubi expressum est; quod, si pater exheredet filium suum, qui moritur ante testatorem, isthæc exhereditatio non noceat nepotibus ex illo filio: siquidem pro non factâ habeatur. Ergo eodem modo non nocet nepotibus in propositâ specie renunciatio, per matrem facta; quo minus ad successionem avi perveniant: quia validè sumitur argumen-

tum ab exheredatione ad renunciationem, *docente Paulo Castrensi. ad d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. heredit.*

Nec adversatur, quod liberi, tanquam heredes, promissionem sive factum & renunciationem matris ratam habere teneantur; eique, petendo avitam hereditatem, contravenire nequeant, *l. filium. 31. ff. de liberali caus. l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cum à matre. 14. C. de rei vindicat.* Nam liberi, si post obitum matris, ante avum defunctæ, ad bona avita aspirant: matris, cui heredes extiterunt, renunciationem promissionemvè minime impugnant. Illa siquidem, ut antè dictum, tacitam hanc conditionem annexam habet: *si successio seu hereditas matri deferatur.* Unde facile intellectu est, in eum eventum, si fortè mater ante patrem suum, atque sic ante delatam sibi hereditatem, vitam cum morte commutaverit, renunciationem factam non esse. Ea quippe **136** conditionis natura est, ut prius impleri, quàm emolumentum ex illâ quæri debeat, *l. pecuniam, quam. 36. ff. de reb. credit. si cert. petet. l. necessariò. 8. in princip. vers. quod si pendente. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Thais. 41. §. Stichus. 11. ff. de fideicommissar. libertatib. l. Mavius. 55. ff. de condit. & demonstrat. l. hoc jure. 10. ff. de verbor. obligationib. & nisi in veritate impleta fuerit, nihil (uri nostri Dd. loquuntur) ponit in esse, *argum. l. filius familias. 114. §. cum erit. 13. ff. de legat. 1. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa caus. testament. l. si post diem. 5. §. 2. ff. quando dies legator. cedat. l. Arescus. 15. ff. de statu homin. l. ult. §. ex hoc apparet. 8. ff. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. ibique Alciat. num. 12. ff. de verb. signif. l. si ea conditio. 3. & l. seq. C. de conditionib. insert. Corn. consil. 79. n. 11. vol. 3. Paris. consil. 32. num. 45. & 17. vol. 1. Bursat. consil. 44. num. 28. vol. 1. Gail. lib. 2. observ. 132. num. 3.* Idque **137** non tantum in expressâ, sed & tacitâ conditione locum habet, *per textum in l. item quia. 4. §. hujus rei. 2. & ibi gloss. super verb. canto. & Dd. communiter. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si qui. 9. vers. nam quadam in sermone tacite excipiuntur. ff. de servitutib. & l. res in dotem. 42. ff. de jure dot.**

Nec hanc assertionem turbat *l. conditiones. 99. ff. de* **138** *condit. & demonstrat.* ubi Papinianus ostendit, quod ea, quæ tacite insunt, legatum vel obligationem conditionalem non faciant: ut, fructus fundi si legati fuerint, quamvis hi sub hac conditione, *si nati fuerint*, relictis intelligantur: nihilominus tamen, si legatarium ante horum proventum decedere contingat, ejus heredi debentur, *l. cum illud. 25. ad finem. ff. quando dies legator. cedat.* Sic eadem ratione asserendum videtur: quod renunciatio, licet conditio ejus tacita in vitâ renunciantis non extiterit: nihilominus post hujus obitum, in personâ heredis impleri possit. Hoc, *inquam*, assertionem nostram non turbat. Nam in conditionibus potissimum locum voluntas tenet, **139** earumque sensus magis, quàm verba, amplectendus venit, *respondente Ulpiano, in l. si quis ita. 3. §. conditio. 9. ff. de adimend. vel transfer. legat.* Quod utique in tacitis conditionibus maximè dicendum est: cum ea non verbis exprimi, sed ex solâ disponentium voluntate colligi soleant. Quamobrem hac etiam in parte si disponentium mentem perscrutari consideraverimus: ingens horum casuum differentia & discrepantia apparebit. Testator etenim fructus purè legando, hosce omnino legatario, ejusque heredibus acquiri voluit: nec ullam proculdubio, si mortis tempore extitissent, conditionem adjecisset. Ideoque ex præsumptâ disponentis voluntate, legato istiusmodi nullam conditionem, sed præstationi moram duntaxat injectam esse, Paulus respondit, *l. quod purè. 6. §. 1. ff. quando dies legat. cedat.* Aliter se res habet in conditione istâ tacitâ: *si hereditas paterna filia renuncianti delata fuerit.* Omnis namque renunciationis vis & efficacia in illâ consistit: eaque ut subintelligatur, ipsa rei natura ac subjecta materia suadet, dictatque. Aliàs enim **140** hoc renunciationis pactum non subsisteret: cum nulla viventium hereditas aut successio esse, & consequenter de eâ nulla pura renunciatio fieri possit, *l. 1. ff. de hereditate vel act. vend. d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Neque etiam negotium facessit, quod liberi here-

des matris, ejusdem juri sunt obnoxii, non activè tantum, sed & passivè. *l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. heredem. 59. & l. hereditas 62. ff. de reg. jur.* Cum enim mater nullum jus habuerit in vivi patris futurâ hereditate: cum non-entium nulla sit qualitas. *l. decem. 116. ff. de verbor. obligat.* proindeque renunciationis illius effectus re ipsa dilatus sit in futuram patris mortem: in eam autem mater non supervixerit: sequitur inde, quod matris renunctio isthæc nihil officiat liberis: quippe cum patris hereditas & renunctio illa se mutuò arguant, ut subiectum & adjunctum: & subiecto deficiente, ipsum quoque adjunctum deficiat: ac ea propter renunctio illa perinde habenda sit, ac si non esset facta à matre, vivo patre defunctâ. Cum ergo renunctio illa, & effectus ejus non continebatur sub jure matris tempore mortis ipsius, haud dici potest, quod ea liberis obesse queat. *D. Collega Bocer. in hoc tit. num. 41. & seq. part. 66.*

141 Nihil quoque obstat, quod heres & defunctus habeantur pro unâ eademque personâ: proindeque quod defunctus pepigit, & heres pactus censeatur, *Novell. 48. in fine prefationis.* Quandoquidem illud ex fictione juris venit: siquidem in rei veritate diversæ sint personæ. Sed & illud procedit in his, quæ heres immediatè à defuncto habet, tanquam heres. Atqui in nostrâ quæstione filii successionem avitam non tanquam heredes matris, sed ex proprio jure obtinent. Ergo quoad illam non representant matrem: nec eadem persona cum matre dici possunt.

142 Præterea non obstat *cap. 1. An agnatus vel filius defuncti possit retinere feud.* &c. *tit. 45. lib. 2. feudor.* ubi filii non possunt habere feudum ex pacto & providentiâ, & repudiare hereditatem patris: & tamen illud feudum habent ex personâ propriâ, videlicet ex providentiâ primi domini, concedentis feudum, & dispositione legis. Sic etiam proposito in casu licet filii veniant ex personâ propriâ; tamen cum sint heredes matris, pactum matris approbare debent. Hoc, inquam, non obstat. Quia renunciationis pactum à matre factum, propter non impletam conditionem pro non facto habetur. Renunctio enim (ut jam supra inculcatum numer. 133. & 135.) sub eâ conditione videtur facta: si matri hereditas paterna delata fuerit. At verò hereditas illa matri non fuit delata. Quapropter renunctio, tanquam deficiente conditione, pro non factâ habetur, *argum. l. qui heredi. 44. & l. Mevius. 55. & similitum. ff. de condit. & demonstrat.* Concludendo ergo intrepidè statuendum est: cum vinculum renunciationis per obitum matris, adeoque per conditionis defectum penitus sublatum sit: & nepotes avitam successionem non ex matris, sed propriâ personâ agnoscant: maternam renunciationem, cujus virtus in eos descendere non potuit, nullâ ratione iis, in avitâ hereditate obtinendâ, obesse aut præjudicare posse. Et hanc, utpote frequentioribus calculis receptam sententiam, tenent & plenius explicant *Bartolus & Paulus Castrensis in d. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Baldus, Alexander, & ceteri in l. pactum. 3. C. de collationibus. Idem Baldus in l. fin. C. de pact. Natta inc. quamvis. de pactis. in 6. & ibidem Matth. Boys. part. 2. num. 124. cum seqq. ibidemq; Covarruvias. §. 2. num. 4. & rursum §. 3. num. 7. Maranta Disput. 10. Wesenbecc. consil. 11. num. 14. & cons. 71. n. 16. & aliquot seqq. Cephalus cons. 308. num. 51. consil. 334. & cons. 650. num. 78. Cravetta cons. 84. numer. 5. & cons. 127. cent. 1. Gozadin. cons. 75. in fin. Grassus d. §. legitima. quest. 4. numer. 3. & 4. Kirchovius communium conclus. cent. 6. conclus. 100. Tiraquell. in Comment. de jure primigenior. quest. 40. num. 113. & 120. Branchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 18. Villalobos in commun. opin. litera F. numer. 151. Stephan. Ranchin. in annotat. ad Guid. Pap. quest. 598. Fachinaus lib. 3. controvers. jur. cap. 23. Ludovic. Morot. consil. 22. num. 1. cum seqq. Hartman. Pistoris lib. 4. quest. 7. num. 4. & seqq. Berlichius part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 43. numer. 17. cum seqq. pag. 925. & seq. Dominicus Card. Tuschus tom. 6. practic. conclusion. lit. R. conclus. 181. num. 36. & seq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 2. Pand. tit. 14. numer. 19. pag. 225. cum seqq. & in the-*

sauro practico. lit. V. n. 23. p. 809. Paul. & Emil. Gall. in tract. de exceptionib. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 1. tit. 2. except. 1. fol. 73. cum seqq. Forsterus junior in tract. de pact. c. 6. pag. 168. cum seq. & Barthol. Kellenbenz. de renunciatione succession. quest. 33. pluresq; alii, ab his cumulatim citati. Quò faciunt etiam valde, quæ tradita sunt à Georgio Beato in decisionib. antinomiar. quest. 26. Item à Dn. Nicolao Varenbülero, consil. 13. & Francisco Hufmanno consil. 14. vol. 1. Consiliorum D. Besold. fol. 286. & multis seqq. necnon Doctore Martatom. 3. digestorum novissimorum, tit. renunctio. cap. 7. & seqq. fol. 292. Et de renunciatione filiarum juratâ, plura notatu digna tradit Rittershusius lib. 3. different. juris civ. & can. cap. 5. pag. 201. & seqq. Porro an & quatenus filius primogenitus juri primogenituræ renunciare queat, ubertim explicant Tiraquellus d. Commentar. de jure primog. quest. 26. & 27. Arnoldus Engelbrecht. in Quest. de Success. in Electorat. th. 21. & D. Rümelin. d. dissertat. 143 6. part. 1. ad Aur. Bull. Carol. IV. th. 7. & 9. Cæterum quod supra num. 57. dictum est, descendentes vel liberos parentibus æqualiter succedere: id procedit quidem in liberis, qui ex eodem matrimonio, iisdemque nuptiis procreati sunt; at secus est, si liberi diversi matrimonii fuerint. Tunc enim unaquæque soboles donationem propter nuptias, vel dotem sui parentis præcipuam habet: in aliis bonis illi æqualiter succedunt, *l. cum aliis. 4. C. de secund. nupt. Novell. 22. cap. 29. Borcholt. d. tract. de gradib. tit. de success. descend. in fin. pag. 186. & in Commentar. ad consuetud. feud. cap. 7. de success. ne. num. 16. Grass. d. lib. sententiar. §. successio ab intestato. quest. 17. & Heigius hic cap. 5. num. 83. & subsequenti.*

Planè non solum jure civili, sed & feudali liberi æqualiter succedunt, *cap. 1. §. & quia vidimus. de his, qui feud. dare poss. tit. 1. lib. 1. feud. cap. 1. de successione feud. tit. 8. lib. 1. feud. beneficio representationis retento, ut nimirum primi gradus liberi in capita; ulterioris verò, in stirpes succedant, dicit. tit. 8. ibi, nepotes ex filio, loco sui patris &c. lib. 1. F. Roland. à Valle cons. 68. num. 22. & seqq. vol. 1. Henningus Göden cons. 21. num. 1. Antonius Gabriel. Roman. libr. 4. conclus. tit. de successionibus ab intestato. conclus. 1. numer. 7. Hunn. in suis resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 16. (vel 15. ut ipse numerat) th. 1. quest. 13. pag. 205. Et possunt liberi inter se feudum suo arbitratu dividere: nisi feudum sit regale, quod ex lege Friderici Imperatoris, propter conservationem dignitatis & splendoris familiarum, dividi nequit, per textum apertum in tit. 55. de prohibitâ feudi alien. per Frider. §. præterea ducatus. lib. 2. feudor. latè Andreas Gail. observ. 153. libr. 2. Leopoldus Northoff in chron. comitum de Marcka, huncque referens Goldast. lib. 2. de majorat. cap. 17. num. 51. Theodor. Reinkingk in tract. de regim. secul. & ecclesiast. libr. 1. clas. 4. cap. 17. num. 10. & Borcholt. d. Comment. feud. c. 7. num. 40. & seqq. ubi plures citat. Quamvis enim feudum per se & suâ naturâ sit individuum; ut & usufructus, cæteræque servitutes: utilitatis tamen causâ indutum est, ut materia feudi instar usufructus, id est, fructus ipsi dividantur. *d. tit. 55. §. præterea ducatus. libr. 2. feudor. junctâ l. usufructus & ab incho. §. ff. de usufruct. D. Bocer. class. 5. Disputat. 18. thes. 19. ad lit. b. edit. 2. Hincque Günther. libr. 8. de rebus gest. Friderici I. Imper. ferè circa finem ita canit:**

*Marchia seu Comitatus possessio, sive Ducatus,
Integra permaneant. Feudalia cætera multis
Participanda patent.*

Cum autem Imper. Friderici constitutio feudum regale, 146 veluti regnum, ducatum, marchionatum & comitatum, dividi diserte vetet: in quæstionem non immerito vocari potest: ecquid primogenitus in successionem feudi regalis, & dignitatem annexam habentis, cæteris suis fratribus præferri debeat? Et debere præferri, non sine ratione 147 affirmatur, *argum. Aurca Bulla Caroli IV. tit. 24. §. si cæteros Principes. & §. seq. D. Bocer. in tract. de jure succed. in feud. c. 3. quest. 48. Goldastus d. libr. 2. de Majorat. cap. 15. eosq; referens D. Rümelin. Gener mihi charissimus, Dissert. 4. part. 3. th. 4. Sed & jus primogenituræ evi-*

denter

debet satis ex ipso jure divino constare, *Deuteron. cap. 21. vers. 17. Genes. cap. 27. vers. 29. Paralipom. lib. 2. cap. 21. v. 3. & alibi.* Quinimò ordo non solum naturæ ac divinæ legis, sed etiam omnium ubique gentium jus istud approbat. Naturâ siquidem conparatum est, ut majores natu imperent, præsent, dominantur: juniores serviant, subsint & obediant: idque vel inter bruta animalia observari videmus. *Arist. lib. 6. histor. animal. cap. 18. Plinius lib. 11. cap. 40. Alian. lib. 3. de natura animant.* Ac certè olim tam apud Ægyptios, Moabitas, Albanos, Græcos, Athenienses, Macedones, Trojanos, Persas, Numidas, quàm Germanos, omnesque gentes consuetudo fuit, hodieque est, & ea quidem à jure approbata: ut in his, quæ dignitatis sunt, primogenitus ceteris præferatur, *uti videre est ex exemplis, quæ allegant Petrus Gregor. Tholos. lib. 7. de Republic. cap. 5. Bodinus lib. 6. de Republic. cap. 5. Tiraquell. in præfat. Commentar. de jure primigenior. num. 22. & multis seqq. D. Besold. lib. 1. de regia success. dissertat. 4. & 6. n. 15. item lib. 1. Politic. cap. 6. num. 27. Ernest. Cothman. consil. 1. num. 202. & 284. & seqq. vol. 5. Adde Ioannem Georg. Majer. Generum mihi itidem dilectiss. in Synops. jurisprudent. Beneficiaria sect. 3. cap. 9. n. 101.*

148 pag. 63. Hinc natu majores sive seniores anteposendos esse minoribus, haud obscurè innuit Callistratus *in l. semper §. ff. de jure immunit.* Hinc etiam Alexander Imperator Ulpianum Jureconsultum, parentem suum vocavit, eò quod esset senior. *l. ex divi. 4. C. de locato & conduct.* Hinc quoque seniores primoloco sedere debere, arguit *l. 2. C. de Præfectis Prætorio, &c.* Et, illo jure naturæ inter Principes violato, sapius contigit; ut gravissima bella, funestissimaque parricidia sint secuta. *Bodin. & Petr. Gregorius Tholosanus locis præallegatis. Justin. lib. 16. & Livius lib. 10. belli Maced. Sed consulatur D. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 22. & seqq. ubi eleganter ostendit: jus primogenitura non solum ex jure naturæ & gentium descendere: verum etiam consuetudine & statuto rectè induci posse. Eadem de re plenissimè dissertat Andreas Tiraquellus d. Commentar. de jure primigenior. quest. 4. & seqq.*

149 At quid judicandum, si primogenitus sit ignavus, iners, deformis, balbus, luscus, claudus, gibbosus? numnè ideò sceptrum de manibus illi extorquenda? Minimè hoc fieri posse, rectè statuitur. Quia nullæ corporis aut animi deformitates tantæ esse debent, ut propter eas ab hoc jure omnium gentium communi discedatur. Ac melius utique est; sub gibbofo, aut claudus esse Principe, cui consilium probum adjungi potest, quàm sub Principe integro, cui malum consilium esset. Ideòque memoriæ prodidit Herod. *lib. 5. quod apud Lacedæmonios Agesilaus, etsi claudus, tanquam proximior, ad regnum sit vocatus. Sic Ungariæ Comitibus Colomannum primogenitum, Alino fratri secundogenito prætulere: tametsi gibbosus, claudus, luscus & balbus fuerit, referente Henning. in geneal. reg. Vngar. Similiter Carolo VIII. Regi Gallorum, quamvis corporis totius effigies fuerit deformis, regni administratio commissa fuit. Paul. Emil. lib. 10. histor. Franc. Pontan. lib. 2. cap. 34. Nec præterea propter ignaviam & inertiam primogenitus est repellendus: cum per procuratores aut vicarios, si per se nolit, aut nequeat, administrare possit. Quamobrem retineantur ex successione Principes primogeniti, vel in memoriam priorum, vel ex lege, vel quia etiam tales, per se non valentes imperare, sint utiliores Reipublicæ, quàm si novâ electione cardines totius pacis ac Reipublicæ essent commovendi. Petr. Gregor. d. lib. 7. de Republ. c. 6. Bodin. d. lib. 6. de Republica. c. 5. Verum an & quatenus primogenitus, qui ad regnandum inhabilis videtur, à successione sit removendus, latius explicant Tiraquellus d. Comment. de jure primigen. quest. 23. Molinaus in Comment. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gloss. 1. quest. 2. num. 26. Keckerman. lib. 1. Polit. c. 4. Dn. Besold. d. lib. 1. de regia success. dissert. 10. edit. 2. Ludovic. Molin. lib. 3. de jur. prim. cap. 2. Georgius Ritter. in dissertat. de hominatio subjectionis cap. 3. concl. 56. & Arnisaus. lib. 2. relectionis politica. c. 2. sect. 8. num. 62. pag. 295. Illud hoc loco breviter admonendum: quod pater secundogenitum primogenito præferre haud possit: propterea quod jus pri-*

mogenitura à lege delatum & quæsitum primogenitus obtineat: ac proinde ei à patre illud auferri nullo modo queat, *arg. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. cum nec ipse Imperator de plenitudine potestatis, alteri jus quæsitum adimere valeat, ut fusiùs demonstravimus supra ad princip. tit. derer. divis. num. 95. & multis seqq. Illudque copiosissimè explicant Tiraquell. d. Comment. de jur. primogenit. q. 21. Arnold. Engelbrecht. in Quest. de success. in Electorat. th. 21. eosque laudans D. Rümelin. Dissertat. 6. ad Aur. Bull. Caroli IV. th. 6.*

Sed non minùs ardua, quam pulchra hic emergit quaestio: an & is primogenitura jure fruatur, qui alios quidem nativitate præcessit: eo autem tempore pater illius regnum, de cujus successione agitur, nondum acquisierat? Et affirmata sententiæ firmissimum positum est fundamentum *in l. senatoris. §. ff. de senatoribus.* ubi Ulpianus respondit: senatoris filium non solum accipiendum esse eum, qui naturalis est, verum adoptivum quoque: nec referre, in senatoriâ dignitate constitutus eum susceperit, an ante dignitatem senatoriam. Quam legem cum nonnulli ex adversariis videant nostram firmiter stabilire sententiam, in voculâ *susceperit* receptaculum quærunt, dictitantes; ibi per *susceptum* non significari natum, sed conceptum. At frustra. Siquidem hoc loco per *susceptum* denotari natum, dilucidè probatur *l. filius emancipatus. 25. ff. de ritu nupt.* ubi susceptus filius dicitur avo heres esse: quod sine absurditate dici non posset, si acciperetur pro concepto. Posthumus enim, antequam nascitur, neque homo. *l. in Falcidia. 9. in fine ff. ad leg. Falcid. neque in potestate patris. l. ult. ff. de collat. bonor. neque pupillus est. l. non est pupillus. 161. ff. de verb. signif. multò minùs heres dici potest. l. posthumus. 3. §. 3. ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam. Hæcque inter conceptum & susceptum differentia ad oculum patet ex l. ex facto. 17. §. ex facto. §. ff. ad senatusconsult. Trebell. quæ luce aut declaratione non indiget. Non igitur in d. l. senatoris. §. ff. de senatorib. à propria verbi significatione recedendum est. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. præsertim cum ipse contextum & comparatio filii naturalis & adoptivi id exigant. Verbum etenim *susceperit* non tantum ad filium naturalem, sed etiam ad adoptivum est referendum: quod certè sine absurditate fieri nequit, si *susceptum* dicimus pro concepto. Nemo quippe adoptivum dixerit concipi. Quò conferunt etiam haud parum *l. filius. 22. §. senatores §. ff. ad municip. l. qui ad tempus. 2. §. in filiis decurionum. ff. de decurionibus. & fil. eor. l. moris. 9. §. sed utrum. 14. ff. de pænis l. cum advocatio. 8. ibi, cum liberis quandocunque genitis. C. de advocat. divers. judicior. l. 2. C. de advocat. diversor. judicium. l. neque Dorotheum. 61. l. neminem. 64. & ll. seqq. C. de decurionib. l. si senator. 11. C. de dignitat. c. ad extirpandas, &c. adhæc. extr. de filiis presbyt.* Et ratio esse poterit: quoniam bona patris liberis contingunt, quia sunt liberi; & non quia parens in dignitate fuit positus, aut non; nullâ habitâ etiam ratione temporis, sed solius mortis. Proinde meritò Imp. Antoninus ad id tempus refert considerationem officiosi & inofficiosi testamenti paterni. *l. cum quæritur. 6. C. de inoffic. testam.* Præterea licet natus ante regnum patris, interim dum pater est privatus, non dicatur filius Regis: attamen cum primum pater Rex fuit, is quoque filius Regis fuit, *per jura supra allegata,* & ita continuo incipit esse primogenitus Regis. Si enim filius Regis est, & nemo illum præcedit: consequens est, ut sit primogenitus Regis. *Cap. Joseph. ext. de verborum significat.* Adhæc nisi hæc admitteretur sententia: ingens absurditas inde sequeretur; videlicet, quod si rex decederet, relicto unico filio, qui natus esset ante regnum partum, is non succederet. Sequeretur item & alia absurditas, quod præferrentur in successione regni aut comitatus, nati post dignitatem illius, de cujus successione agitur, exclusis ante natis proximioribus fortè in gradu, contra jura, quæ primo loco admittunt proximiores. *l. 2. §. hæc hereditas. 2. ff. de suis & legit. heredib. §. si plures. §. infr. de legit. agnat. success. l. 1. §. si quis igitur. 7. ff. unde cognati.* Itemque sequeretur, quod filii non succederent in quibuscunque rebus, post eorum nativitatem acquisitis, sed eos excluderent postea nati: quod nullo jure cautum reperitur. Quin ex jure communi liberi omnes nullo delectu æqualiter suc-*

cedunt. *l. inter filios. II. C. famil. ercisc. l. penult. in fin. C. 156* communi divid. *l. ut liberis. 17. C. de collationib.* Denique isthac decisio exemplis quoque sive præjudiciis firmari poterit. Darius enim ipse sic judicavit, cum duo ipsius filii, Artaxerxes & Cyrus natu minor, de regni successione contenderent: quorum ille ante regnum patri quæsitum; hic verò postea natus erat: Artaxerxem, utpote natu majorem, Cyro prætulit: quamvis nihil non ageret mater Cyri, ut ipsum Artaxerxi præferret. *Plutarch. in Artax. à princ.* Idem fuit judicium Herodis, cum Antipatrum, ante principatum de privatâ uxore sibi genitum, Alexandro & Aristobulo, se Rege natis anteponeret, *Joseph. lib. 16. Antiq. c. 3.* Sic & Peiga apud Ungaros, à Bela II. adhuc privato genitus, sine controversia, de consensu populi, exclusit Ladislaum, Stephanum & Alnum, post adeptum regnum procreatos; ut à *Michaele Riccio in Regibus Ungarie scriptum est.* Sed & in Germania nostra Ottoni Magno frustra se opposuit Henricus frater: quod Eberhardus, Comes Palatinus, & Giselbertus Lotharingæ Dux, ipsi suggestissent, potiorē sese regni heredem esse, quod à patre in Imperio, Otto verò, antequam Imperium Henrico Aucupi à Conrado I. traderetur, natus esset. *Sibert. in Otton. H. Mutius Chron. Germ. lib. 13.* Quin & novissimè habemus exemplum in Electoratu Saxonie, scilicet in Christiano II. excellentis recordationis. Is enim natus erat Anno Christi 1583. vivente adhuc Avo Augusto Electore; quo tempore Christiani II. Pater Christianus I. Electoriâ dignitate nondum fulgebat. Anno Christi 1585. Electore Patre Johannes Georgius natus est. Patri verò Christiano I. rectè successit ipse filius primogenitus Christianus II. Quo mortuo demum, Johannes Georgius, qui hodie rerum potitur, ad Electoratum admittus est. *Anton. Coler. de jur. Imper. German. sect. 52.* Atque ita sentiunt Cirierus in tract. primogenitura. lib. 1. quest. 12. Tiraquell. in Commentar. de jure primigenior. quest. 31. num. 12. & 27. & per notata ejusdem de Nobilitat. cap. 15. num. 7. Forster. lib. 4. de successione. cap. ultim. num. 36. cum seqq. Hotom. illustr. quest. 2. Heigius hic cap. 5. num. 71. Hackelman. illustrium question. Disput. 18. thes. 5. Trentler. Disput. 19. thes. 16. vol. 1. ibique videatur Bachovius in suis not. pag. 238. & seq. Illustri Dn. Erenkel. in tract. de privileg. Parent. & c. privil. 3. cap. 5. Hænonius Disput. 12. ad Inst. sub thes. 4. Henning. Arniseus polit. libr. 1. cap. 9. pag. 222. & d. lib. 2. relectionis Politica. c. 2. sect. 11. per tot. D. Collega Besoldus d. lib. 1. de regia success. dissertat. 7. item lib. 1. Politicor. c. 6. §. 5. num. 29. Paulus Berens disput. ad Instit. 8. them. 1. quest. 3. Menoch. libr. 5. de præsumptionib. præsumpt. 33. n. 38. & consil. 67. n. 5. ubi duos & viginti Doctores recenset, probantes; hodie magis receptam esse sententiam; filium Regis haberi & nominari qui natus est, antequam pater regnum nancisceretur, ad hoc, ut tanquam primogenitus Regis ad regnum pervenire queat. Eum refert & sequitur Andreas Knichen in Commentar. de Saxon. non provoc. jur. c. 3. num. 51. cum seqq. Idem tenent Molinaus in Commentar. ad consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. quest. 11. num. 55. Bod. in lib. 6. de Republ. c. 5. num. 714. Nicolaus Betsius in tract. de pactis famil. illustr. c. 8. pag. 468. Hunnius d. lib. 3. var. resol. tract. 1. q. 25. opin. 4. Ioan. Cammannus disput. 4. de jurib. majest. thes. 29. cum seqq. Thomas Michael. in disput. de jurisdict. th. 132. Gerlac. Buxtorff. ad Auream Bull. c. 7. conclus. 85. lit. B. Ioan. Schröterus diatrib. domesticar. decad. 6. quest. 8. Andr. Gerhard. ad cap. 7. Aur. Bull. apud Arumæum Discurs. Acad. 2. lib. 11. & seqq. Quirin. Cubach. d. lib. 2. Jurispr. publ. lib. 2. c. 31. num. 11. Martin. Rummelin. d. dissertat. 6. ad Aur. Bull. th. 5. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 172. Wurmser. in exercit. juris publ. 2. quest. 14. pag. 79. Petr. Greg. Tholosan. libr. 7. de Republic. cap. 9. Covarruv. libr. 2. variarum resolut. cap. 8. num. 5. vers. tertio opinioni, & c. ubi utramque in partem plures adducit.

157 Huic decisioni nihil refragatur *l. si senator II. C. de dignitatib. lib. 12.* ex cujus principio apparet; si quis filium procreaverit, antequam senator factus sit, eum hominem privatum & plebeium, non verò filium senatoris esse. Nam (rejectis diversis aliorum conciliationibus, Duareni lib. 2. disputat. anniverfar. cap. 29. & Pacii cent. 1. in avtioφανῶν.

quest. 39.) lex ipsa de speciali quodam senatorum privilegio intelligenda est, scilicet de immunitate functionis glebalis, id est, pensionis, quæ ex possessionibus arario infertur: à quâ pensione & canone immunes sunt senatores, & eorum liberi. *l. 2. C. de pratorib. & honore prætura, & c.* Veruntamen ab isthac functione glebali immunes non censentur senatoris filii, qui nati sunt, antequam pater senatoriam dignitatem suscepisset. Atque illud est, quod in *d. l. si senator. II. in princ. C. de dignitatib.* rescribitur; privatos esse senatoris filios, id est, plebejos, qui editi sunt, priusquam pater senator esset: quemadmodum ex *Cod. Theodosiano istam legem interpretatur Cuiacius ibidem, eumque referens Dn. Collega Bocer. in tract. de regalibus cap. 2. num. 11.* Sic decurionis filius, ante patris decurionatum natus licet dignitate patris gaudeat; non tamen omnibus sui patris privilegiis lætatur, uti arguit textus in *dict. l. 2. §. in fili s. vers. & quidem quantum pertinet. ff. de decurionibus.* Sic quoque illustrium virorum filii, ante dignitatem parentum editi, quamvis dignitate paternâ potiantur: non tamen à curiali conditione & functione liberi pronunciantur. *l. Doctui. 63. §. 1. & l. seq. l. penult. & ult. C. de decurionibus.* nisi quædam familia ex speciali privilegio conditione & functione istâ, libera reperiat, *d. l. neque Dorotheum. 61. C. eod.* Cum ergo de speciali duntaxat functione, nimirum curiali, prædictæ leges agant: malè inde colligitur, quod illustris filius non sit, qui ante illustrem patris dignitatem est natus. Verum ut omnis difficultas removeatur facilius, dicendum videtur: quod filii, ante patris dignitatem suscepti, fruantur quidem eadem dignitate, maximè quoad pœnas quasdam evitandas; non autem, quoad onera publica sustinenda: & de pœnis evitandis est textus in *dict. l. 2. §. 2. ff. de decurionibus. & in severam. 10. C. de dignitatib. D. Bocer. d. tract. de regalib. c. 2. num. 13.* Ad alia, quæ opponi nostræ sententiæ solent, respondent Arniseus & Hunnius locis præallegatis. De eadem questione vide quoque latè disputantem Erasmum Ungepaar. exercit. Justin. 2. quest. 13. pag. 69. & seqq. edit. vit. nec non D. Besoldum in delibatis juris, ex lib. 1. Pand. tit. 9. de senatorib. num. 39. pag. 135. & seqq. itemque Ieremiam Reusnerum in methodo juris feudalis disp. 6. th. 54.

Quamquam porrò jure civili liberi utriusque sexus succedunt. *Novell. 118. cap. 1. §. item vetustas. 15. infr. hoc tit. & attigimus supra num. 57.* jure tamen feudali regulariter masculos tantum, non etiam fœminas succedere, indubitatum est. *tit. 1. §. hoc autem notandum. 3. & tit. 8. de successione feudi. §. filia verò. libro 1. feudor. t. 11. de successione fratrum. §. 1. vers. ad filias verò & tit. 50. de naturâ successionis feudi. lib. 2. feud.* Hujusque multiplex affertur ratio: Tum quia fœmina ab omnibus civilibus officiis remota est, *l. 1. §. 1. & l. 2. §. 1. ff. ad Senatusconsultum Vellejan. l. 2. ff. de regul. jur. nec militaria mûnera sive servitia (ob quæ concedi feuda solent, tit. 24. §. item. qui dominum. lib. 2. feudorum.) obire, & dominum armis in pugnâ juvare & defendere potest. Bald. in l. ult. num. 1. & 7. C. de suis & legit. Roland. à Valle consil. 41. num. 11. vol. 4. Iacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. Marchio in Italia. num. 4. Alexander consil. 10. viso instrumento. num. 2. vers. sed præmissis. vol. 5. Cravett. consil. 6. num. 77. volum. 1. Borcholt. de feud. cap. 1. num. 19. Vult. lib. 1. de feud. cap. 4. num. 3. & cap. 9. num. 26.* Quò spectat, quod Homerus tradis lib. 6. Iliados: Telam & colum, & ancillarum curam, esse mulierum propria; bella autem virorum, his verbis:

ἀλλ' εἰς οἶκον ἰῦσα, τὰ σαυτῆς ἔργα κόμει,
ἰσόντ' ἡλακὰ τυντε, καὶ ἀμφιπόλοισι κέλευε
ἔργον ἐπαίχασθαι, πόλεμῳ δ' ἀνδρῶσι μάχῃσι
πᾶσιν.

Et illud Ovidii lib. 12. Metamorph.

Columæ,

I cape cum calathis, & stamina pollice torque;
Bellarelinque viris.

Item illud Virgilii lib. 7. Aeneidos:

Bella viri pacemque gerant, queis bella gerenda.

Tum

- 161** Tum quia ratione verecundiæ naturalis, ac honestatis publicæ, mulier cœtibz virorum, maximè si illustris fuerit, immiscere se non potest, arg. l. 1. §. secundo loco. §. ff. de postuland. l. si qua illustris. §. C. ad SC. Orfit. l. optimam. 14. vers. cum itaq. C. de contrah. & commit. stip. Bald. in d. l. ult. num. 7. C. de suis & legit. Borch. de feud. d. c. 1. num. 19. Schurer. in tract. de hered. quæ ab intest. defer. t. 1. 9. Plebst.
- 116** disp. feud. 7. th. 34. sub lit. a. Tum quia ob sexûs imbecillitatem seu fragilitatem (propter quam multis casibus supposita & objecta est, d. l. 2. §. verba. ff. ad Senatusconsultum Vellejan.) & futilitatem levitatemque naturalem, secreta domini sibi commissa retinere, adeoque ea præstare nequit, quæ fidelitatis forma, feudorum jure præscripta, à vasallo exigit. tit. 5. 6. & 7. lib. 2. feudor. Curtius junior de feud. part. 3. membr. 1. n. 1. Decian. consil. 58. n. 45. & 48. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 120. Vultejus dict. lib. 8. de feud. cap. 9. num. 26. Gregorius Rolbagius in certaminis masculo fœminei acie virili. cap. 13. num. 13. & cap. 23. n. 9. pluresq. alii ab eis relati. A quo non multum abludit Johannes Posthius, part. 5. delitiar. Poëtarum Germanor. illustr. pag. 224. ita canens:
- Quam vaga, quam levis est pictarum turba volucrum,
Liberior magnum qua ter inane volat:
Tam leve, tamq. vagum genus est muliebre; nec ullis
Legibus adstringi carceribusq. potest.
Ut & Johannes Sprengius part. 6. delitiar. Poëtar. Germ. illustr. pag. 305.
- Fœmineo generi nemo concedere quidquam
Audeat: inconstans & leve pectus habet.
Omnia nosse cupit mulier: secreta revelat:
Et, nisi quod nescit, nil retinere potest.
- 163** Tum etiam quia feudi successio pendet à domini concedentis voluntate, quæ verisimiliter hæc est: ut soli masculi in feudum succedant. D. Bocer. class. 5. Disput. 18. thes. 13. sub lit. a. edit. 2. & in tract. de jure succedendi in feudum.
- 164** cap. 3. quest. 3. pag. 125. Tum denique quia vasallus inter pares ejusdem curiæ judicare debet, secundum cap. un. de controvers. feud. ap. par. termin. tit. 16. lib. 2. feudor. & cap. un. an apud judic. vel cur. domini quest. feud. deb. term. tit. 46. lib. 2. feudor. à quo tamen officio fœminas publicâ lege remotas constat. d. l. 2. ff. de reg. jur. l. fin. C. de recept. arbitr. Wilhelmus Fornerius Aurel. in Commentar. feud. sub tit. diversa filior. parent. succed. genera. vers. jure civili filie, &c. Quamvis ergo filia vasalli armis adfuerit, & militiæ dedita sit: in feudum tamen succedere nequit: sicuti (contra Andream de Ifernina ad tit. 1. §. hoc autem notandum. numero 20. & tit. 8. de successione feudi. §. hoc quoque. libro 1. feudor. & Hieronymum Garzon. in tract. de fœmin. ad feud. recip. col. 24. vers. vigesimo primò, &c.) Doctores communiter existimant: Martinus Landens. Matthæus de Afflict. Lorientus & Alvarott. in §. & quia, de his, qui feudum dare poss. tit. 1. libro 1. feudor. Petrus Ravennas in §. hoc autem notandum. eodem tit. Zasius in epitom. feudal. part. 8. de feudi successione. n. 36. Joann. Thomas de Marinis tit. 11. de fendo fœmineo. num. 22. & hos, aliosq. referens Hartmannus Pistoris lib. 2.
- 166** questionum jur. question. 34. num. 3. Neque juvat dissentientium opinionem, quod lex de his constituitur, quæ frequenter, non quæ rarò contingunt. l. 3. & trib. seqq. ff. de legibus. proindeque dicendum; sub lege feudali, quâ arcentur à successione feudi fœminæ, non intelligi fœminas armis adfuerit. Cum enim legis illius feudalis ratio sit non modò, quod fœmina ad militiam & arma minus apta est: sed & quod consilia domino suggerere, & secreta ejus conticere nequit: quæ duo etiam sub fidelitate feudali continentur, tit. 5. 6. & 7. lib. 2. feud. patet inde luculenter, quod mulier armis adfuerit succedere lege feudali prohibeatur. D. Bocer. in tractat. de jure succedendi in feud. cap. 3. quest. 31. in fine. Henric. à Rosenthal. in tractat. totius jur. feudal. cap. 7. conclus. 34. num. 14.
- 167** Licet præterea feudum generaliter sit concessum primo acquirenti, & ejus heredibus: attamen filia primi acquirentis, ut quæ hac concessione non comprehenditur, in feudum
- 168** non succedit. In feudis enim appellatione heredum intelliguntur tantum heredes feudales, qui mares sunt, non fœminæ, per textum expressum in tit. 13. de alienatione

feudi. §. etsi clientulus. libr. 1. feud. & tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. libro 2. feudorum. Forsterus libro 3. de successione. cap. 24. num. 4. & seqq. Fachinaus libro 7. controversiar. jur. cap. 3. 4. 7. 42. & 43. Mynsinger. centur. 5. observat. 72. numer. 6. Hænon. Disput. 12. sub controversia. 5. Zasius consil. 11. numer. 5. & consil. 13. num. 25. volum. 1. Decian. consil. 45. num. 14. volum. 2. Besold. & Wiebel. in Dissertat. de jure mulier. singulari. part. 2. conclus. 75. & seqq. In tantum autem à feudi successione fœmina excluditur: ut neque illo casu, quo feudum alicui, & heredibus ejus quibuscunque datum fuit, admitti videatur: cum appellatio heredis jure feudorum ad filios duntaxat vasalli pertineat, ut modò ostensum: & dictio, quibuscunque, restringenda sit ad personas habiles, & intelligenda juxta materiam subjectam, argum. l. ult. & ibi gloss. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse. l. 1. ibi, unusquisque. C. de SS. Ecclesiis. l. 1. ibi, quibuscunque. ubi gloss. C. de fide instrumentor. cap. 1. §. ultim. de jurejurando. in 6. Baldus in cap. 1. §. donare. num. 4. qualiter olim poterat feudum alienari. tit. 9. libr. 2. feudor. & ibidem Martinus Landens. Præpositus & Schenck Baro. Alexander consil. 30. num. 11. volum. 1. Corneus consil. 199. num. 69. volum. 2. Rubens consil. 110. num. 9. Decius consil. 171. numer. 6. & consil. 185. vers. secundo respondetur & consil. 193. numero 5. in fin. & consil. 208. num. 11. Beccius consil. 101. numer. 38. Cephalus consil. 2. num. 15. Barbat. consil. 63. num. 11. lib. 1. Menoch. consil. 1. numer. 456. Zasius dict. epitom. feud. part. 8. num. 62. vers. quid autem, si feudum. Vultejus dict. libro 1. de feud. cap. 9. num. 29. in fine. D. Bocer. d. tractat. de jur. succed. in feud. cap. 3. quest. 39. At quia longo usu, communique applausu recepta est opinio eorum, qui feudum hereditarium esse volunt, quoties in investiturâ heredis facta est mentio: ac proinde illud etiam ad fœminas, & quoscunque alios heredes transire, asserunt: certè ab isthac opinione in praxi recedendum non erit. Eamq. comprobarunt Baldus sibi non constans in leg. 1. quest. 45. & 48. ff. de rerum divis. & in cap. in presentia. numer. 20. de probat. & in cap. 1. in princ. numer. 19. de prohibit. feudi alienat. per Frider. Curt. lun. in tractat. feud. part. 3. num. 62. Iason. in leg. 2. num. 198. Cod. de jur. emphyteut. Albertus Brunus consil. 16. vers. quintus est etiam casus Socin. senior consil. 297. volum. 2. Socin. junior. consil. 72. num. 23. vol. 1. Gozodin. consil. 6. num. 43. & consil. 8. num. 25. Roland. à valle consil. 3. num. 65. & consil. 60. numer. 49. & consil. 96. num. 37. volum. 1. & consil. 79. numer. 34. volum. 2. & consil. 1. num. 47. volum. 3. Riminald. consil. 65. num. 19. Cravett. consil. 256. Bursat. consil. 22. volum. 1. Molinaus in addit. ad Alexandrum. dict. consil. 30. num. 15. volum. 1. & consil. 195. numer. 4. volum. 6. Fachinaus dict. libro 7. controversiarum jur. cap. 6. Joann. Baptista à Villalobos in communibus opinionibus lit. F. numer. 2. & Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. num. 99. aliq. plures, quos referunt & sequuntur Ludolphus Schraderus in tractat. feud. part. 7. cap. 3. num. 1. & Hartm. Pistoris lib. 2. quest. jur. quest. 1. num. 39.

De feudo franco, id est, à servitiis libero, an in illud filia succedat, mirè controvertitur? Et quamvis opinionem affirmativam amplectantur Baldus in cap. 1. §. & quia. numer. 19. de his, qui feudum dare poss. tit. 1. lib. 1. feud. Rom. singulari 178. incipiente. hodie fœmina. &c. & consil. 33. & consil. 367. n. 12. Alexand. consil. 29. numer. 1. & dict. consil. 30. num. 24. volum. 1. Wurmser. de feud. observat. 14. vers. sicut etiam videmus. Paris de Puteo, de redintegrat. feud. cap. 108. num. 7. Ruin. consil. 24. numer. 9. vers. & similiter. & consil. 38. num. 7. volum. 1. Grat. consil. 9. num. 153. vol. 1. Jul. Clarus in §. feudum. quest. 73. num. 7. & alii memorati & probati à Vultejo libr. 1. de feud. c. 9. numer. 41. pagin. 410. & Hartmanno Pistor. dict. libr. 2. quest. 34. num. 29. 33. & seqq. contrariæ tamen sententiæ, utpote de jure veriori, subscribunt Martinus Landens. in dict. cap. 1. §. & quia. num. 29. de his, qui feud. dare poss. Jacob. de S. Georg. de feud. super verb. & fœminis. num. 5. Duar. de feud. c. 10. num. 7. Hanneton libro 2. feud. c. 8. Franc. Curtius junior in tract. feud. parte 3. n. 5. Zasius dict. epitom. feud. part. 8. num. 44. Schrader. dict. tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 11. Borcholt. de feud. cap. 7.

cap. 7. num. 68. *Henricus à Rosenthal in synopsi juris feud. cap. 7. conclus. 87. & d. tract. totius jur. feud. c. 7. conclus. 34. num. 10. cum seq. D. Bocerus prædicta clas. 5. Disputat. 18. thes. 13. ad lit. d. & d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. quest. 29.* Ejusque ratio non difficilis aut obscura est: Tum quia generaliter placitis feudorum definitum est, fœminas à feudi successionem arceri. *dict. tit. 1. §. hoc autem notandum. & dict. tit. 8. §. filia. lib. 1. feudorum. cum similibus* 173 *suprà citatis.* Generali autem regulâ inhærendum est, donec ejus exceptio demonstretur: *arg. l. ab ea parte. §. ff. de probationib. l. suus quoque. 4. §. puto. ff. de heredibus instituend. cap. ad decim. 2. in fin. de restitut. spoliat. in 6. Decius in l. 1. num. 7. de regul. jur. Tiraquell. in tractat. de* 174 *utroque retract. part. 1. §. 1. gloss. 9. num. 211.* Tum quia feudorum in libris duæ tantum exceptiones proponuntur, quibus etiam fœmina ad feudi successionem admittitur. Prima est: si eo pacto specialiter datum sit feudum, ut & filia sive fœmina in illud succedat. *dict. tit. 1. §. hoc autem. & d. tit. 8. §. filia. lib. 1. F. & tit. 11. §. ad filias. & tit. 50. in princ. lib. 2. feudor.* Altera: si feudum sit fœmineum, id est, à fœminâ primò acquisitum. *tit. 30. in princ. & dict. tit. 50. in pr. lib. 2. feudor. Schrader. d. part. 7. cap. 4. num. 48. & Borcholt. dict. cap. 7. num. 69. pag. 158. quibus in locis plures al-* 175 *legant.* Unius autem, vel alterius casus exceptio, est reliquorum omnium casuum inclusio. *l. quæsitum. 12. §. idem respondit, domo instructa. 43. ff. de instructo, vel instrument. legat. l. cum prator. 12. in princip. ff. de judic. l. nam. quod liquida. 4. §. fin. ff. de pen. legata.* Tum quia licet feudum francum in eo, quod à servitiis liberum est, à communi feudorum naturâ recedat: eandem tamen in cæteris retinuisse, existimandum est, *tit. 48. & tit. 26. §. penult. lib. 2. F. Zasius d. Epitom. feud. part. 12. num. 3. Sonsbec. in Commen. ad usus feud. part. 4. num. 6. Curtius junior dict. tract. feud. part. 1. quest. 6. Molinæ in consuetud. Paris. tit. 1. §. 176* 30. num. 100. in fine. Tum etiam, quia non ea solummodò causa est, cur mulier à successionem feudi removetur: quod ipsa dominum armis juvare in bello non possit: sed & alias ejus rei esse causas, jam suprà expositum est, *num. 160. & seqq.* Quamvis ergo feudum à servitiis sit liberum, hand tamen liberum putatur ab aliis oneribus, vasallo incumben-
tibus, quæ sub formâ fidelitatis comprehenduntur, *in tit. 5. 6. & 7. lib. 2. F.*

Hanc decisionem negatam non evertit textus in *tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit. in capitulis extraordinariis.* ubi in fine principii expressè fœmina ad feudi successionem admittitur, cum id sic datum est, ut nullum pro eo servitium fiat. Nam extraordinaria ista capitula in explicando quidem jure feudorum dubio, alicujus momenti esse possunt: at cum reliquis duorum librorum juris feudistici titulis parem auctoritatem non habent: sed apocrypha & supposititia appellantur, adeoque authentica esse negantur. Ideoque contra juris feudorum placita, aut eorum rationes allegari nequeunt: ut, post Bald. ad *tit. de successionem fratrum. §. ad filias. lib. 2. F. sentit Alexander consil. 29. in fin. vol. 1. Iacobinus de S. Georgio in tract. de feudis. in verb. & fœminis. num. 5. Curt. Jun. eodem tract. p. 3. memb. 1. num. 5. vers. nec obstant, & c. & num. 14. & Duarenus in Commentar. in consuetud. feud. cap. 10. num. 7.*

178 Similiter nihil resistit, quod fœmina à feudi successionem arceatur, eò quod servire feudum non valeat, per textum in *tit. 36. an mutus vel aliàs imperfectus feudum retineat. in fin. lib. 2. F.* ut proinde si liberum sit feudum, nullique servitio obnoxium, ad feudi successionem fœmina admitti debeat. Etenim servire feudum non tantum est, armis juvare dominum in bello, aut quod aliud manuarium ministerium illi præstare; sed & fidem, consilium & taciturnitatem ei exhibere: quemadmodum arguit forma fidelitatis proposita sub *d. t. 5. 6. & 7. lib. 2. feudor.* Cum autem fœmina ob sexûs fragilitatem inops sit consilii: & propter loquacitatis, garrulitatis & futilitatis vitium, ne secreta domini pandat, suæque fidei commissa atque concredita propalet, vehementer metuendum sit: meritò à feudorum successionem eliminatur, & repellitur.

179 Nihil item adversatur, quod ubi plures sunt dispositionis alicujus causæ, cessante eâ, quæ inter illas est potissima

(qualis in proposito est servitium manuarium, & quidem militare) cesset etiam dispositio, *arg. c. quoniam. 5. §. porro. & §. si autem. ext. ut lite non contestatâ non procedatur ad testium receptionem, & c.* Quandoquidem illud obtinet, si cæteræ causæ sint merè accessoriæ: quia semper ejus, quod principale est, ratio habetur, non etiam ejus, quod accessoriè & secundariò sive in consequentiam venit, *l. 1. ibi, prima enim ratio, & c. ff. de auctorit. & consens. tutor. cum similibus, collectis à Tiraquello in tractatu regule, cessante causa, cessat effectus. limitat. 22. num. 22. & seq.* 180 Quando autem cæteræ causæ etiam per se, vel conjunctim necessariò considerantur; licet potissima cesset causa: non tamen cessat effectus, *arg. §. affinitatis. 6. & §. seq. s. de nuptiis & l. si non lex Aelia Sentia. 83. ubi Bald. & Iohan. de Imol. ff. de heredib. instituend. Nicol. Everard. in locis legalib. in loc. à cessatione rationis. num. 5. vers. secundò istud limitatur, & c.* Cum ergo, præter servitia manuarium, vasallus domino suo etiam fidem, consilium & taciturnitatem debeat: in tantum, ut his non præstitis, feudum amittat: mulier verò, propter sexûs imbecillitatem, mentis inconstantiam, & futilitatem naturalem isthæc præstare non valeat: certè nec in feudum francum succedere poterit. Adde, quod, licet cesset in feudo franco servitium: non tamen cessat primi concedentis voluntas, qui tribuendo feudum masculo, voluit: ut in id mares duntaxat, non etiam fœminæ succederent.

Ex modò allatis & declaratis pendet quoque decisio illius 181 questionis: an fœmina patri suo succedat in feudum, pro quo servitium ejusmodi est præstandum, quod fœmina non minùs decenter & commodè, quàm masculus, explicare posset. Quamvis enim in extraordinariis capitulis, dicto *tit. 104. casus, quibus fœmina in feudo succedit.* fœmina ad hujusmodi feudum aspirare valeat, non tantum si fuerit sola, sed & si cum fratre concurrat: attamen eidem jus succedendi etiam in tale aliquod feudum placitis feudorum denegari, abundè evincunt rationes, paulò ante in patrocini-um proximæ questionis adductæ, & refutatio argumentorum, quibus Doctores opinionem suam affirmatam fulcire & confirmare conantur. Atque ita sentiunt Andreas de Isern. ad *tit. 23. in quib. caus. feud. amitt. lib. 2. F. Curt. Junior in tract. feud. part. 3. num. 12. Zas. in epitome feud. part. 8. num. 49. Duaren. de feud. d. c. 10. num. 7. Schraderus de feud. d. part. 7. cap. 4. num. 10. D. Bocerus d. clas. 5. Disput. 18. th. 13. ad lit. e. aliq. ab his allegati.* Tametsi plerique alii contradicant, quos referunt & sequuntur Hartmannus Pistoris d. lib. 2. questionum jur. q. 34. num. 37. & Vultejus d. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 42.

De feudo emptitio, an in hoc fœmina succedat, non le- 182 vis etiam est Doctorum nostrorum contentio. Et sanè non desunt, qui in eo fœminam succedere opinantur, Odofredus in sua summâ. *tit. qui poss. succed. in feud. Iason. in l. 1. numer. 51. C. de jure emphyteut. & cons. 57. num. 3. vol. 1. Roman. cons. 367. numer. 12. & ibid. Mandos. in addit. & singul. 184. Ruinus cons. 18. numer. 18. vol. 1. Gozadin. cons. 9. numer. 55. & cons. 56. num. 19. Campeg. inter Brun. consil. 11. numer. 7. Bologn. cons. 9. num. 55. & cons. 10. num. 47. Natt. cons. 216. num. 3. & seq. vol. 1. & cons. 393. num. 8. vol. 2. Roland. à Vall. consil. 2. num. 3. & 33. & cons. 48. num. 7. & cons. 90. num. 13. vol. 4. Anton. Rubens cons. 110. num. 3. Decius cons. 208. num. 2. & consil. 269. num. 4. & cons. 424. n. 14. & consil. 398. num. 14. Cephal. cons. 3. num. 115. & cons. 173. num. 8. Decian. cons. 58. num. 50. Matthæus Gribald. in thesaur. commun. opin. lit. F. in verb. in feudo empto. Schri-
rerius in tract. de heredit. qua ab intest. defer. tit. 9. limitat. 5. Iul. Clarus lib. 4. sententiar. §. feudum. quest. 73. num. 6. ubi hanc opinionem sibi magis placere, magisque communem & veriorè esse dicit. Atque tandem, ut de jure veriorè, ac melioribus fundatam rationibus, judicando sequendam, & secundum eam in Camerâ Imperiali judicatum & observatum esse, testatur Andreas Gail. lib. 2. observ. 159. num. 5. vers. & hanc partem affirmativam, & c. Verum ego cum aliis non contemnendæ auctoritatis Interpretibus longè tum verius, tum receptius esse censeo, fœminam nequaquam succedere in feudo empto. Tum quod generaliter fœmina in feudum succedere jure feudorum vetatur, duobus*

duobus casibus exceptis, quorum superius n. 174. mentio facta est: inter quos hic non reperitur. Tum quod fœmina præstare ea nequit, quæ forma fidelitatis à vasallo desiderat atq; exigit. Et licet feudum pecuni à comparatum, ob id, quod contra communem feudorum naturam gratuitum non est, improprium videri possit: in reliquis tamen, quæ de naturâ feudi esse dicuntur, sicque etiam, si de ejus successione quærat, propriam suam naturam retinet, per tritam illam ac vulgatam regulam: quod feudum in unâ sui parte alteratum, in cæteris suam naturam retineat, Socin. in Gallus. 29. & videtur. 12. in verb. etiam si parente. col. 2. vers. quam conclusionem limita. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. Quod autem Doctores præallegati pro confirmatione suæ opinionis asserunt; feudum emptum esse instar bonorum allodialium, atque in eo succedi jure contractûs emptionis-venditionis, non jure feudi: id ipsum est, de quo quaritur, & (ut Logici vocant) petitio principii, & probatur incertum per æquè incertum: imò verò jam non feudum, sed allodium esset dicendum. Huicque sententiæ subscripserunt non inviti Andreas de Isern. Martinus Laudens. & Prepositus num. 62. in d. c. 1. §. & quia de his, qui feud. dare poss. in usibus feud. Zaf. in epit. feud. part. 8. num. 37. & part. 12. n. 21. Hanneton. lib. 2. de feud. cap. 8. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. numer. 122. Pistoris. lib. 2. quæst. 34. n. 8. & quæst. 38. num. 47. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 30. num. 100. Menoch. consil. 1. num. 427. & consil. 443. num. 69. Alciat. respons. 170. num. 3. Wesenbec. consil. 2. n. 91. Mynsinger. cent. 5. observ. 73. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 65. Garzon. in tract. de fœmin. ad feud. admittit. & c. restrict. 6. Kirchovius in thes. commun. opin. cent. 3. concl. 46. num. 14. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 4. num. 5. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. num. 44. aliq; plures ab iis relati. Quibus etiam novissimè accedunt D. Bocerius d. class. 5. Disput. 18. thes. 13. lit. f. & copiosius d. tract. de jure succed. in feud. c. 3. q. 26. Gothofredus Antonius Disput. feud. 6. thes. 1. lit. f. Niellius disput. feud. 5. thes. 3. sub. lit. a. & D. Wolff in Prodomo responsor. & consilior. jur. n. 212. & multas seqq.

De feudo item ligio (quod à ligando ita dictum videtur: quia id habens arctiore fidelitate domino suo obligatus & obstrictus est, adversus omnes homines, Alvarrott. in proœm. feud. num. 32. Duaren. de feud. c. 4. n. 3. Sonsbecc. in d. Commentar. ad usus feud. part. 4. num. 26.) an in eo succedat fœmina, variant Interpretes? Affirmativam certè partem secuti sunt numero non pauci, Curtius jun. in tractat. feud. part. 1. quæst. 8. num. 26. Iohannes Ferrarius Montanus lib. 1. feudor. cap. 6. vers. sextam speciem. Thomas de Marin. tit. 11. de feudo fœmineo. num. 24. Alexand. consil. 30. n. 2. vol. 1. Alciat. respons. 176. num. 3. Forster. lib. 4. de successione ab intestat. cap. 23. num. 58. Decius consil. 139. n. 1. Ripa respons. 1. n. 75. vol. 1. Gozad. consil. 56. num. 21. Socin. jun. consil. 77. num. 22. vol. 1. & consil. 1. num. 36. vol. 4. Sed neque istud feudum ad filiam sive fœminam esse transitorium, arguunt sufficienter rationes suprâ propositæ, & idem luculenter tradunt Menochius consil. 1. n. 473. vol. 1. Borcholt. de feud. d. cap. 7. num. 70. Schrader. d. tract. feud. part. 7. c. 4. n. 9. Rosenthal. in synopsis juris feud. c. 7. conclus. 101. & in tractat. totius jur. feud. c. 7. conclus. 34. n. 12. D. Bocer. d. tract. c. 3. quæst. 30. Vultejus d. lib. 1. de feud. c. 9. n. 43. Gothofred. Anton. d. disp. feud. 6. th. 1. ad lit. d. aliq; per hos designati. Nec affirmantium opinionem tuetur, quod ajunt: ligii vasalli non modò personam, sed & bona omnia potestati & jurisdictioni domini subijci: ac proinde justum esse, & æquum, ut in hoc feudum etiam fœminæ succedant: ne propriis quoque vasalli bonis priventur. Falsum namque est, ligii vasalli personam & bona etiam non feudalitè subijci jurisdictioni ac potestati domini: quippe cum vasallus subsit domino ratione tantum feudi, non generaliter in omnibus, per text. in Clement. Pastoralis, ibi ratione regni. tit. de sentent. & rejud. item in tit. 54. de alodiis. circa finem. ibi, pro quantitate feudi, & c. & tit. seq. §. firmiter. lib. 2. feudor. Bocer. d. quæst. 30. Enimverò si alicubi recepta sit consuetudo, ut fœminæ in ligium succedant feudum: admittuntur etiam fœminæ vi consuetudinis illius;

uti tradiderunt Curtius Jun. d. tract. de feud. part. 1. c. 9. n. 26. Iason in prælud. feudor. n. 11. Menoch. consil. 1. n. 474. Sonsbecc. in Commentar. in usus feudor. part. 4. n. 26. Rosenthal. d. tract. feud. cap. 7. concl. 34. num. 12. aliq; ab eo relati.

Quemadmodum verò filia patri suo in feudum non succedit: ita nec ejus liberi masculi in illud successionem sibi vindicare possunt, per textum expressum in tit. 1. §. hoc autem notandum. lib. 1. F. & tit. 11. de successione fratrum. §. ad filias lib. 2. F. D. Bocer. d. class. 5. disput. 18. thes. 13. lit. h. edit. 2. D. Besold. in tract. de success. reg. lib. 1. dissertat. 12. n. 1. & 2. Cujus juris rationes hæc reddi solent. I. Quia fœminâ semel à successione feudi exclusâ, filii ex eadem nati, tanquam in alienam familiam, patris scilicet sui recepti, l. familia, 196. §. 1. ff. de verbor. signific. propter corruptam radicem non admittuntur. Ratione dicè siquidem infectâ, infectum etiam censetur omne id, quod ab eâ descendit, argument. l. 3. C. de bonis matern. l. 1. §. hujus rei. ff. de officio ejus, cui mand. est jurisdict. l. tria prædia. 31. ff. de servitut. rusticor. præd. II. Quia impedimentum obstat defuncto, obstat ejusdem etiam successoribus: cum successor melioris conditionis esse non debeat, quam ipsius antecessor, l. quod ipsis. 143. ff. de reg. jur. d. l. 3. §. nam licet. C. de bon. matern. III. Quia nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet. l. nemo. 54. §. 1. nemo plus commodi. 120. ff. de reg. juris. IV. Quia filius eo ipso, quod vult succedere, surrogatur in locum matris. Atqui surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum surrogatum est, argum. l. si eum. 10. §. qui injuriarum, ubi Bartol. Bald. & Iason. ff. si quis cautionibus in judic. sistendi caus. fact. non obtemp. V. Quia successiones fiunt non per saltum, sed gradatim & ordine juris servato, l. 1. §. prius. ff. de success. edict. l. penult. ff. unde cognati. §. placebat. 7. infr. de legit. agnator. succession. Ernest. Cothman. consil. 26. num. 89. lib. 1. Rittershus. d. exposit. Novell. Justin. part. 7. c. 1. n. 12. ideoque necesse est, ad hoc, ut gradus sequens admitti possit, gradum præcedentem successionis esse capacem, argum. l. meminimus. 15. C. de legitimis heredibus & l. Divo Marco. 11. Cod. de questionibus. VI. Quia destructo antecedente, destruitur & consequens, argum. d. l. 1. §. hujus. ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisdict. Nicol. Everh. in Topic. legal. loc. à destruct. & c. VII. Quia in successione fideicommissi si mater excluditur, exclusus quoque censetur ipsius filius, qui ex matris personâ vult succedere, Iohan. Andr. in Addit. ad Speculat. de testam. in fin. Alexand. consil. 56. n. 4. vol. 5. Corn. consil. 124. n. 14. vol. 2. Ruin. consil. 39. num. 11. & consil. 120. num. 13. vol. 1. Grat. consil. 120. num. 11. vol. 2. Natt. consil. 187. in fin. vol. 1. Argumentum autem à fideicommissis ad feudum, receptum esse, ostendit Menochius consil. 89. num. 65. lib. 1. & consil. 400. num. 42. lib. 4. & Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 27. ubi hanc sententiam pluribus Doctorum autoritatibus confirmat.

Insignis & spinosa, diversisque diversorum Interpretum opinionibus utramque in partem quasi fluctibus agitata, quæstio est: utrùm fœmina semel per masculum à successione feudi remota, perpetuò maneat exclusa: an verò, deficiente masculo, jus adhuc succedendi in feudum habeat? Facti species talis sit: Cajus Sempronius de feudo aliquo investivit, addito hoc expresso pacto: ut ipse Sempronius, & ejus descendentes heredes masculi & fœminæ id obtinere possint. Sempronius postmodum moritur, relictis filio Pamphilo, & filiâ Julianâ. Pamphilus filius feudum illud successione acquirit: adeoque sororem suam Julianam excludit. Sed feudo acquisito, Pamphilus postea sine liberis decedit: proindeque Juliana in feudum istud succedere intendit. At Cajus, dominus feudi, morte Pamphili ad se feudum reversum; ipsamque Julianam per Pamphilum fratrem semel exclusam, in perpetuum censeri exclusam & repulsam à feudi successione, asserit. Quæritur modò, ecquid feudi dominus Cajus ipsi Julianæ, an verò Julianæ Cajo, feudi domino, jure præferatur? Et multi, iique magni nominis Jurisconsulti, tam veteres, quam recentiores, omnino existimant: in proposito themate Julianam Cajo præferri, sicque fœminam per masculum à feudo semel exclusam, non perpetuò intelligi

à feudi successionem remotam, *Jacobus de Belviso, Martinus Landensis & Cujacius in tit. 6. §. quin etiam. lib. 1. feudor. Jacob. de Ardizone in summa feud. part. 3. tit. de feudi success. vers. inde videtur, &c. Petrus de Monte forti, quem refert Matth. de Afflict. in d. §. quin etiam. Somsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 130. & seqq. Guerrin. Pifo in pralud. feud. cap. 40. vers. quarta species. num. 27. Wesenbec. de feudis cap. 6. num. 23. Jul. Clar. in §. feudum. quest. 80. num. 2. Ioann. Fichard. in additionibus ad Ioannem Baptistam à Villalobos. libr. commun. opin. lit. F. num. 60. Hartmann. Pistor. lib. 2. quest. jur. quest. 36. n. 5. & seqq. Rosenthal. in synops. feud. cap. 7. conclus. 96. Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. n. 52. & seq. Mynsinger. cent. 5. observ. 74. num. 8. Forsterus lib. 3. de successione. cap. 14. in fine. Petrus Heigius. part. 1. quest. 26. Lorient. in tit. de his, qui feud. dar. poss. §. & quia. vers. sed dubium. Matth. Stephani cent. 3. q. 6. ad lit. b. Hænonius Disp. 12. sub controvers. 5. ad fin. Ioh. Jacob. Plebst. disp. feud. 7. thes. 42. Arumaus disp. feud. 6. thes. 13. Illico Vmmius disp. de process. 18. in coroll. Rudinger. quest. feud. 4. lib. 1. D. Besoldus lib. 1. de regia success. dissertat. 11. num. 17. & ibi in fine istius Tractatus. Valentinus Voltzins in suo consil. per tot. edit. 2. Idem Besoldus part. 1. consil. 2. & part. 4. consil. 171. num. 178. fol. 171. itemque part. 6. cons. 265. num. 35. cum seqq. fol. 63. Paulus Berens disputat. 8. ad Institut. them. 1. quest. 7. Niellius Disp. feud. 5. th. 4. sub lit. c. in fine. Wurmser. d. exercit. 2. de jure publ. quest. 12. pag. 73. & si qui sint alii*

196 ab his allegati. Cæterum sententiam contrariam, quod videlicet fœmina, propter masculi existentiam à jure succedendi in feudum semel exclusa, in perpetuum exclusa reputetur, omnium ætatum Doctores & Feudistæ antiqui, moderni (hoc est, mediæ ætatis Jurisconsulti) & recentiores, numero ferè infiniti, Viri sanè legalis scientiæ laude maximè conspicui & celebratissimi, in lecturis, consiliis, decisionibus & Disputationibus suis amplexi atque tutati sunt: Andr. de Isern. Feudistarum auriga, Bald. num. 3. Alvarott. num. 3. & 4. Praposit. Afflict. Schenck Baro & Paulus Picus. num. 12. in d. tit. 6. §. quin etiam. lib. 1. F. Ioh. Blanc. in sum. sub tit. de success. feud. vers. vel dic, quod masculis, &c. Odofred. in summa, sub tit. qui poss. in feud. succed. Zas. in epit. feud. part. 8. num. 58. Michael Grass. in lib. sententiar. §. successio ab intestato. quest. 4. num. 2. Wilhelm. Hannetonius lib. 2. de jur. feud. cap. 9. sub fin. Tiraquell. in repetitione l. si unquam. ad verb. suscepit liberos. num. 193. & seq. C. de revocand. donat. Gail. lib. 2. observ. 148. Francisc. Curt. jun. in tractat. feud. 3. part. princip. in princip. num. 32. vers. vigesimò septimò quaro. Duaren. de feud. cap. 10. num. 12. Ioan. Toom. de Marin. in tract. feud. tit. 11. de feud. fœmin. num. 38. & seq. Raphael Cuman. consil. 99. incip. quadam possessio. colum. 1. Angel. de Perusio consil. 321. incip. pro decisione. col. 3. Franc. de Aret. consil. 50. incip. copiose & eleganter. & consil. 158. incip. viso puncto. col. fin. vers. circa secundum. Stephanus Wernandus consil. 276. incip. viso casu mihi exhibito. Hugo Celsus consil. 26. incip. cum ex facto jus oritur. num. 48. Ioan. de Imola cons. 27. incip. viso quodam instrumento. post medium. Ioan. Rubens consil. 57. incip. presupponitur. num. 2. Franc. Bursat. consil. 80. incip. dominus Ludovicus. num. 9. Claud. Cantium. consil. 35. num. 42. Ioan. Cephalus consil. 20. incip. investituris. Tiber. Decian. consil. 98. incip. videbatur prima fronte. num. 21. volum. 1. Iacob. de Riminald. consil. 678. incip. presens casus. num. 17. vol. 4. Lud. Zanthus Parmensis in consil. suis pro uxore consil. 2. num. 948. Anton. Henrichman. consil. 37. incip. Wilhelmus quondam. tom. 3. Thom. Grammat. decis. 63. incip. honorabilis. Marant. disput. 10. num. 15. & alii, quorum longum catalogum recenter exhibuit Adrianus Gylmannus tom. 2. Symplorematis supplicationum. part. 1. vot. 21. num. 16. & seq. Quibus meritò etiam accensentur Ioannes Borcholt. de feud. c. 7. part. 2. num. 36. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 4. num. 83. Mozz. de natural. feud. num. 99. Menoch. consil. 1. num. 458. volum. 1. & idem consil. 400. num. 15. volum. 4. Fachinaus lib. 7. controversiar. jur. cap. 45. D. Bocerus class. 5. Disput. 18. th. 16. edit. 2. & idem exquisitiùs in tractat. de investitura feud. cap. 5. n. 62. cum multis seqq. & in tractat. de jure succed. in feud. cap. 3. quest. 4. Andreas Knichen

part. 1. de vestiturarum pactionibus. cap. 3. num. 23. & pluribus subseqq. Ioan. Georg. Majer. in Synops. Iurisprud. Beneficiar. sect. 3. cap. 9. reg. 33. pag. 66. & Gothofredus Antonius Disputat. feud. 5. thes. 6. ad lit. a. Quorum 197 omnium traditio cum non solum communissima sit & receptissima: verum etiam solidissimis urgentissimisque argumentis & rationibus (quas mox ordine percensebo) suffulta; ab eâ in judicando minimè recedendum esse, autumo, argum. l. 1. in princ. ibi, sanè crebrior. apud veteres opinio est. ff. de officio questor. l. athletas. 4. in pr. ibi, & generaliter ita omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulneratus. 51. in princip. ibi, dicitur vulgò ff. ad l. Aquil. l. quod dicitur. 5. §. penult. ff. de impens. in res dot. fact. & l. 1. §. sed neq. 6. C. de vet. jure enuclando.

Primum autem argumentum sumitur ex textu tit. 6. 198 Episcopum vel Abbatem, &c. §. quin etiam lib. 1. feudor. ubi JC. Feudista, Quinetiam, ait, si quis eo tenore feudum acceperit, ut ejus descendentes masculi & fœmina illud habere possint: relicto masculo, ulterius fœmina non admittuntur. In quo textu per dictionem ulterius apertè ostenditur, quod relicto & succedente masculo, fœmina nunquam ampliùs admittatur. Est etenim ista dictio ulterius 199 adverbium temporis perpetuò exclusivum, ut arguit c. cum accessissent. 8. vers. fuit insuper. ibi, ne primiceriatus dignitas esset ulterius in Ecclesia. ubi Bald. ext. de constitutionibus & l. 3. in fin. C. de prescript. 30. vel. 40. annor. & innuit, post alios, Tiraquell. in d. l. si unquam. in verb. revertatur. num. 129. C. de revoc. donationibus, atque adeò eandem potestatem continet, quam vox ampliùs aut deinceps: & denotat privationem seu summotionem perpetuam, non suspensivam aut moratoriam: sicuti dicitur de stipulatione, ampliùs vel deinceps non agi vel peti, l. eadem dicemus. 4. §. Cato. ff. de verbor. obligationib. l. ampliùs non peti. 15. & l. procurator. 23. ff. rem ratam haberi. Nec movet quic 200 quam, quod cum verbum illud, admittuntur, in textu positum sit presentis, non futuri temporis, secundum hujus verbi tempus accipiendum quoque sit adverbium ulterius: proindeque de presenti, non verò de futurâ successionem in feudum, textus ille intelligendus sit: eò quod qualitas adjuncta verbo, secundum tempus verbi exaudiri debeat l. in delictis. 4. §. si extraneus. ff. de noxalibus. act. l. Titius 25. ff. de testamento milit. Alexand. consil. 83. n. 11. vol. 3. consil. 5. n. 3. & consil. 101. n. 14. volum. 5. consil. 29. n. 6. consil. 139. n. 3. consil. 143. in princip. consil. 198. num. 12. consil. 207. num. 10. & consil. 227. num. 8. volum. 6. Nam quoties qualitas verbo adjuncta non patitur, ut secundum tempus verbi illius intelligatur: toties fallit ista regula, quæ habet, quod qualitas verbo adjecta, secundum tempus verbi illius sit intelligenda, argum. l. in substitutione. 31. ff. de vulg. & pupill. substitut. c. ult. §. item opponitur. 22. quest. 2. c. Raynutius. 16. ext. de testamen. Petrus Duennas in fallentis regul. juris. sub lit. Q. reg. § 56. vers. secundo fallit. & vers. quinto, &c. Menoch. consil. 225. num. 16. & cons. 227. num. 25. & 60. Quare adverbium ulterius cum sit futuri temporis, propriâ ejus naturâ inspectâ: juxta ejus genuinam proprietatem, verbum quoque illud admittuntur censendum erit. Reliqua, quæ tum ab Hartmanno Pistoris. d. lib. 2. quest. 36. num. 25. tum Hermannò Vultejo d. lib. 1. de feud. ca. 9. num. 53. contra communem & verum prædicti §. quinetiam. intellectum regeruntur: satis abundeque enervat & diluit D. Collega Bocerus d. tract. de investitura feudi. c. 5. num. 64. & 66. item d. tract. de jur. succed. in feud. c. 3. q. 4. nec non Andreas Knichen d. part. 1. de vestiturarum pactionib. c. 3. n. 84. & seqq.

Secundum argumentum suppeditat clausula generalis 201 dicti tit. 6. §. ult. lib. 1. feud. ubi Feudista inquit: Et his omnibus casibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur. Ex quibus verbis indubitatè constat: quod in isto tit. 6. (ut & in proximè præcedenti) de casibus agatur, quibus feudum amittitur, & ad dominum revertitur. Unus proponitur in princ. & §. 1. ejusdem tituli: duo autem in d. §. quinetiam. & §. ultim. Primus casus est, quo feudum non jure datum redit ad dominum: ut quia Prælat. Ecclesiæ in feudum res Ecclesiæ dedit, quæ antiqui-

tiquitus dari in feudum non consueverunt. Alter est, quo sine liberis decedit vasallus, per quem fœmina prius exclusa fuit. Tertius est, quo vasallus, quod naturamutus est, feudum retinere non potest. Cum igitur his casibus omnibus feudum amittatur, & ad dominum revertatur: plusquam manifestum inde fit, quod fœmina per masculum prius exclusa, eo mortuo, ad feudi successionem in locum masculini nunquam amplius admittatur.

202 Qui enim feudum amittit: jus succedendi in illud, saluum habere amplius nequit: cum remoto subjecto, feudo scilicet & jure succedendi in illud, removeatur etiam necessario ejus adjunctum, ipsa nimirum successio. Ad hæc si feudum, à quo per masculum fœmina fuit repulsa, eo masculo sine liberis defuncto, ad dominum revertitur: haudquaquam verè dici poterit, quod fœmina ista exclusa, ad illud regressum jure habeat.

203 Tertium argumentum tale est: Quicumque in defectum alterius ad successionem vocatur: is succedente eo, cujus in locum vocatur, in tantum excluditur, ut postea non admittatur amplius; licet ille, per quem remotus semel fuit, postea decesserit, aut jure, in quod successit, abstinerit, l. 3. §. 1. *quamdiu*. 69. ff. de *acquir. vel omitt. heredit.* l. *ait* *Prætor*. 7. §. *sed quod*. 10. ff. de *minoribus*. l. *verbis civilibus*. 7. l. *in pupillari*. 14. §. *l. ex facto*. 43. in *princip.* ff. de *vulg. & pupill. substit.* §. *masculo igitur*. 8. *suprà*, de *pupillari substitut.* §. *l. post aditam*. 5. C. de *impuber. & aliis substitutionibus*. Atqui verò fœmina quando investituræ pacto ad feudi successionem vocatur; in defectum saltem masculorum vocari intelligitur, *titul.* 17. in *princip.* *ibi*, *vel his deficientibus*. *tit.* 18. *ibi*, & *masculis deficientibus*. §. *tit.* 30. *ibi*, *deficientibus filiis masculis*. *lib.* 2. *feud.* Ergo masculo succedente, fœmina, quæ pari gradu cum eodem masculo extat, sed per ipsum feudo excluditur, nunquam postea ad idem feudum, mortuo quantumvis eo masculo, admittitur.

204 Quartum argumentum hujusmodi est: Quicquid sub conditione datur; sub contrariâ conditione non dari censetur: & contrâ, quicquid sub conditione adimitur; sub contrariâ conditione dari intelligitur, l. *quibus diebus*. 40. §. *quidam Titio*. §. *l. aliquando*. 107. ff. de *condit. & demonstrat.* *Cravett. consil.* 344. n. 4. Sed jus succedendi in feudum pacto investituræ datur fœminæ sub hac conditione,

205 *si masculi deficient*. Verba namq; *deficientibus masculis*, in d. *tit.* 17. d. *tit.* 18. §. d. *tit.* 30. *lib.* 2. *feud.* conditionem important: cum sint duo ablativi absoluti; quorum ea natura est, ut conditionem inducant, vel in conditionem resolvantur, l. *ab emptione*. 58. ff. de *pact. l. creditor*. 13. in *princ.* ff. *qui potior. in pignor. hab. l. evictis*. 18. in *princip.* §. *l. lite contestata*. 35. ff. de *usur. l. fructus*. 7. §. *divortio facto*. ff. *solut. matrim.* l. *acceptis*. 93. ff. *ad legem Falcid.* l. *facta*. 63. §. *rescriptio*. ff. *ad Senatusconsultum Trebellian.* *Roland. à Valle consil.* 65. num. 23. vol. 3. *cum multis aliis relatis per Forsterum libro 3. de successionibus*. l. 15. *axiom.* 3. num. 6. §. 7. Quocirca sub contrariâ conditione, si scilicet masculi non deficient, sed extent, & in feudum succedant, non censetur fœminæ datum jus succedendi in feudum. Cui autem jus succedendi non competit: ei nec successio competere dicitur: cum successio ipsius juris succedendi effectus perhibeatur.

206 Quintum argumentum ita habet: Quicumque aliquo modo à successionem excluditur, is nulla ratione ad eam amplius admittitur, *arg. l. si ponas*. 23. §. 1. ff. de *inoffic. testamento*. l. 2. in *princ.* §. 1. §. 2. ff. de *exceptionib.* Atqui fœmina, à feudi successionem per masculum remota, excludi dicitur, *per textum in tit.* 104. *casus*, *quibus fœmina in feudo succedit*. §. *item si quis eo tenore*. *ibi*, *fœmina excludantur. in extraordinar. capitulis, in usib. feudor.* Igitur fœmina, à feudi successionem semel per masculum remota, nullâ ratione ad eam amplius admittitur.

207 Sextum argumentum & ratio hæc est: Ius semel conso-pitum fixe extinctum amplius haud reviviscit. l. 3. §. *si capitis* 19. *vers.* *etiamsi omiserit*. ff. de *bonis libertor.* l. *in tantum* 6. §. *sacra autem*. *vers.* *semel*. ff. de *divis. rerum*. l. *sed si meis*. 26. §. *arbor*. ff. de *acquir. rer. dom.* l. *inter stipulantem*. 83. §. *sacram*. ff. de *verborum. obligat.* l. *qui res*. 98. §. *aream*. 8. ff. de *solutionib.* Sed jus succedendi in feudum, fœminæ ex pacto investituræ competens, ex-

tingitur extante & succedente masculo, *per d. tit.* 104. §. *item si quis. in extraordinar. capitul. & alia jura & argumenta s. adducta*. Illud ergo jus, mortuo postmodum eodem masculo, haud reviviscit.

Septima, pro communi opinione quæ afferri solet ratio²⁰⁸ à simili, est illa: Fœmina, quæ vigore statuti per masculum à successionem bonorum semel fuit remota, licet masculus ille deinde fuerit defunctus, ad successionem tamen amplius non admittitur, *ut docent Bartolus in leg. ult. ff. ad Senatuscons. Tertillian. Baldus in l. si quis posthumus*. 9. §. *si filium*. ff. de *lib. & posthumis*. §. *in leg. posthumus* 6. §. *in princ.* ff. de *inoffic. testam.* *Franciscus Aretinus consil.* 144. *incip. viso puncto*. *Alexander consil.* 43. *incip. consideratis*. vol. 3. *Socin. consil.* 92. vol. 1. §. *consil.* 50. vol. 3. *Paris. consil.* 22. num. 16. *Gail. lib.* 2. *observ.* 148. num. 4. *Ant. Peregrinus in tract. de fideicommiss. artic.* 27. num. 17. Quapropter fœmina, etiam à feudi successionem per masculum remota, eo masculo defuncto, amplius non admittitur: quippe cum jus feudorum regulariter fœminas à feudis penitus repellat, *tit.* 1. §. *hoc autem*. 3. §. *tit.* 8. §. *filiæ verò*. *lib.* 1. *F. & tit.* 50 *lib.* 2. *feud.* §. *latius expositum supra num.* 159. §. *seqq.*

Octava denique ratio petitur ex trita illâ, vulgatâque²⁰⁹ juris regulâ, quâ dicitur: quod unumquodque ad naturam suam facile revertatur. d. l. *in tantum*. 6. in *princip.* ff. de *divis. rer.* l. *si unus*. 27. §. *pactus, ne peteret*. *vers.* *quotiens enim*. *ubi lason*. ff. de *pact. l. hac consultissima*. 21. §. *si quis autem*. C. de *testament. can. ab exordio*. 2. §. *ibi glos. super verb. revolvit*. ad a. *distinct.* 35. Cum ergo feudi natura ea sit, ut ad ejus successionem fœminæ non admittantur: certè ad hanc naturam revertitur feudum, si fœmina per masculum semel à feudi successionem repulsa, in perpetuum exclusa maneat. Contra hanc, ut & superiores nonnullas rationes, quæ ab Antagonistis proponuntur; ad ea solidè respondet D. Bocerus. d. *tract. de investitura feudi*. c. 5. num. 73. §. 74.

Restat nunc, ut adversariorum fundamenta, quibus sententiam nostram, & rationum irrefutabilium pondere, & Doctorum gravissimorum auctoritate corroboratam, oppugnare laborant, evertantur. Neque enim verum dicere sufficit: sed simul contraria refellere, & falsitatis causam assignare oportet, tradente Aristotele *lib.* 7. *Ethic. cap.* 14. & Nevizano in *sylvâ suâ nuptial.* quos referendo sequitur Joannes Borcholt. in *Comment. ad tit. Digest. de V. O. c.* 3. n. 27. in *sine*. Et objectis non respondere, est animi elati, aut ignorantia tenebris involuti, prout inquit Angelus *consil.* 110. num. 7. & Fr. Card. Mantica. de *conject. ultim. volunt.* *lib.* 7. *tit.* 8. num. 21. hosque laudans Joannes Ulricus Wolff in *prodromo responsor.* §. *consil. jur. consil.* 3. num. 16.

Primò itaque nihil movet argumentum à lege cessante depromptum, quod videlicet jure feudali nusquam dispositum reperitur: fœminam, quæ ex pacto ad successionem feudi vocata, & propter masculum exclusa fuit, ita successionis jure privari, ut defuncto masculo amplius ad id aspirare non possit, sed feudum ad dominum potius revertatur. Sine²¹¹ juris autem autoritate temerè quid asseverare, erubescamus. *Novell.* 18. *cap.* 5. in *princ.* l. *illam*. 19. *ibi*, *eo quod nulla constitutio*, §. *c. de collationib. l. dissentientis*. 5. *ibi*, *nulla juris præcipit constitutio*. C. de *repudiis*. Nihil, inquam, hoc movet argumentum. Nam inficiatione seu negatione antecedentis facile tollitur. Siquidem *suprà* ex manifestissimo textu in d. *tit.* 6. §. *quinetiam*. §. *ult.* *libro* 1. *feudor.* evidenter demonstratum est: quod fœmina per masculum semel à successionem feudi remota, perpetuò censeatur repulsa: ut quamvis postea sine prole masculus ille decedat: tamen ipsa denuò ad feudi successionem non admittatur. Acce-²¹² dit, quod Feudista ibidem utitur particula *quinetiam*: quæ dictio, ut & vocula *quinimò*, inter alias proprietates augmentativa sive ampliativa est, & additativa ejus, quod est plus, *arg.* §. *quinimò*. *suprà*. de *militari testament.* l. *generaliter*. 24. §. *ult.* *vers.* *quinimò*. ff. de *fideicommissar. libert.* l. *plures*. 27. ff. de *dam. infect.* *gloss.* & *lason in l. juris gentium*. 7. §. *quinimò*. num. 10. ff. de *pactis*. *Alciat. consil.* 15. num. 4. *lib.* 8. *Andreas Knichen. dict. part.* 1. de *vestiturarum pactio-nibus*. *cap.* 3. *numer.* 32. Sed & simplex dictio et-²¹³ iam ampliativa est, & (juxta conspirantem Dd.

- opinionem) suâ naturâ casum magis dubium implicat, eumque similiter decidit. *Cephal.conf.68.num.9.lib.Paris.conf.46.num.30.lib.4. Decianus respons.46.num.118.vol.2. Roland. à Valle conf.27.num.19. vol.4. Menochius conf.27.l.num.55.conf.181.num.14.conf.289.num.24. libr.3.conf.392.num.9.conf.331.num.7. & conf.336.num.17.lib.4. aliique ab eo citati.* Ceterum casus, qui dictum §. *quinetiam*. præcedit, est de feudo, quod jure datum non est: ac proinde ad dominum revertitur. Est igitur & sequens ille in d. §. *quinetiam*. propositus casus de feudo, quod ad dominum revertitur. Præterea in eodem §. *quinetiam*. contra opinionis contrariæ defensores non parùm militat
- 214 *proprietas, & vis verborum, relicto masculo.* Quæ voces, cum sint duo ablativi absolute positi, conditionem hanc designant, si masculus sit relictus, l. si debitor. 4. §. 1. ibi, nisi salva causa pignoris. ff. quibus modis pignus vel hypoth. solvit. l. à testatore. 119. ff. de condit. & demonstrat.
- 215 *& juribus similibus, supra numer. 205. allegatis.* Conditionis autem naturam hanc esse constat; ut, eâ existente & purificatâ, confestim & planè evanescat id, quod ipsa dispositione concessum fuerat; nec amplius postmodum reviviscat. §. *conditiones. 4. vers. nam si ea ita non sunt. infr. de verborum obligationib. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib. cum legibus concordantibus, supra num. 207. annotatis.* Tandem hanc interpretationem & illud juvat: quod Jurisconsultus Feudista in multis citato §. *quinetiam*. utitur cum negatione verbo præsentis temporis, non admittuntur. Ex quo colligere promptum est: quod fœminæ, masculo existente, ipso jure à feudi successione statim repellantur. Si ipso jure: postmodum in casu decedentis sine sobole illius masculi, amplius admitti neutiquam possunt: nisi juris expressi beneficio ostendantur denuò admittæ: quod jus in feudorum codice nusquam expressum invenitur. Est ergo in textu prædicti §. *quinetiam*. clarissimè & expressissimè dispositum: fœminam per masculum à feudi successione semel exclusam, perpetuò remotam exclusamque censeri: ut id fusiùs & enucleatius declarat D. Bocer. dict. tract. de investit. feud. cap. 5. n. 76. & 77.
- 216 *Secundò, communi, cui patrociniatur, sententiæ non obstat textus in tit. 8. de successione feudi §. filia verò. libro 1. feudorum.* ubi generaliter & indistinctè dicitur: filiam succedere, non extantibus filiis. Ergo si filii non extent: quia scilicet, postquam successerunt, defuncti sint absque liberis; fœminæ videntur esse admittendæ: cum filii etiam tunc non extare dicantur, quando masculus, per quem fœmina fuit exclusâ, postea sine prole decedit. Etenim verba illa (*Tunc enim succedit filia, filiis non extantibus*) hunc habent sensum: quod si mortuo vasallo, ejus filius non extet, qui ipsi patri in feudo succedat; extet autem filia; huic aditus ad feudi successionem pateat, si & fœminæ pacto investituræ ad feudum sint vocatæ: non verò hanc continent sententiam; quod, masculo, qui patri vasallo successit, defuncto; ejus soror ad feudum admittatur. Et si enim & ille filius non extare dicatur; qui, mortuo patre vasallo, in ejus feudum successit, & post successionem defunctus est: attamen cum ibi quæstio sit de successione in feudum patris, ipso patre jam defuncto: sanè extantes filios in illo §. accipere jubemur de filiis non extantibus eo tempore, quo pater vasallus decesit: maximè cum non extantes filii eo loco illi sint filii, qui alibi deficientes masculi dicuntur:
- 217 *& deficere in successionis materiâ dicamus non illos, qui posteaquam successerunt, moriuntur: sed potius, qui tempore delatæ successionis vel mortui sunt, vel succedere nolunt. §. si eadem res. 8. §. de legat. l. si in testamento. 5. ff. de vulgari & pupill. substitut. l. quod si. 78. ff. ad legem Falcid.*
- 218 *Tertiò, nullum facescit negotium textus in tit. 17. de eo, qui sibi vel heredibus suis masculis, &c. vers. non enim patet. lib. 2. feudorum.* ubi fœmina à feudi successione exclusâ generaliter dicitur, donec masculus superest ex eo, qui primus de feudo fuit investitus. Illud adverbium temporis *donec*, eam vim & naturam sive proprietatem habere volunt dissentientes, ut actum, cui adjungitur, non penitus removeat, sed tantum ad tempus suspendat. l. 2. in pr. ff. de vulg. & pupill. substit. l. ambiguitatem. 12. vers. si autem

talis, &c. C. de usufructu, &c. Alexand. Randens. decis. Mediol. seu tract. de analog. univoc. lib. 1. c. 27. num. 15. & seq. huncque referens D. Besoldus in thesauro practico lit. V. num. 22. pag. 813. Ille, inquam, textus nullum facescit negotium. Nam in eo Jurisconsultus Feudista non admodum ad naturam & proprietatem particulæ illius donec advertit: sed solummodo ad naturam feudi, quod pro masculis & fœminis datum est, respexit. Natura autem & proprietas feudi illius hæc censetur: ut, si & masculus & fœmina adsint tempore delatæ successionis in feudum; fœminæ in feudi successione locus non pateat: & vocula illa donec ad casum duntaxat delatæ successionis, & quidem omnem ejusmodi casum, referatur: atque adeò hoc sensu intelligenda sit, quod fœmina ad feudi successionem non admittatur, quocunque etiam gradu cum masculo concurrat; hoc est, sive concurrat gradu primo, ut quo pater, primus vasallus decedit: sive gradu secundo, ut quo moritur primi acquirentis filius, & cum eo fœmina concurrat: sive remotiori aliquo gradu concurrat. De hujusmodi enim successionis gradibus nominatim eo in titulo agitur. Et quanquam dictam illam donec esse adverbium temporis, liberaliter concedatur: tamen dubium vix est ullum, quin vim limitativam habeat, tradente Parisio conf. 25. num. 16. lib. 2. & Menochio conf. 151. num. 49. lib. 2. & dispositionem conditionalem faciat, l. si quis. 9. §. si oleum. 3. ff. de dolo mal. Tiber. Decianus post alios, quos allegat, conf. 9. n. 18. vol. 3. proindeque dispositionem restringat. Quæ restrictio secundum subjectam materiam, & rei, quâ de agitur, naturam intelligi debet. Cui consequens est, voculam illam donec, in dict. tit. 17. positam, limitandam esse & restringendam tantummodo ad delatæ successionis tempus, quo fœmina cum masculo concurrat: maximè cum de eo solum tempore & casu quæstio illius tituli tractet. Atq; ita recte textum tituli istius 17. accipit D. Bocer. dict. tractat. de investiturâ feudi cap. 5. num. 82. Tametsi ad eundem alii aliter respondeant. Andreas Knichen dict. part. 1. de vestiturarum pactioib. cap. 3. num. 100. & seqq. Gylmanus prædicto tomo 2. symphorematis p. 1. vot. 21. num. 46. §. 10. & §. 11. & Ferrarius Montanus in tract. de feud. lib. 8. c. 18. & Fachinaus dict. lib. 7. controvers. jur. c. 45. vers. secundum argumentum, &c.

Quarò, non adversatur regula tit. 18. de duobus fratribus à capitaneo investit. libro 2. F. quâ traditur, quod unusquisque sibi & heredibus potius, tum masculis, tum fœminis, quam extraneo sive domino concedenti contrahendo & paciscendo prospexisse, hocque omninò voluisse videatur: ut eo etiam casu filia succederet, quo post acquisitum feudum filius sine liberis decessisset; non autem ut feudum ad dominum rediret: idque ex paternæ pietatis affectione in liberos, arg. l. cum avus. 102. ff. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicommiss. & l. generaliter. 6. Cod. de institutionibus & substitutionibus. Ist hæc namque regula exaudienda est non generaliter, sed secundum quæstionem ibi propositam; quæ est de casu, quo duo fratres de feudo novo simul sunt investiti hoc tenore sive pacto: ut, deficientibus masculis, fœminæ feudum habeant. Horum fratrum unus si postea, nullo masculo, sed filiâ tantum relictâ, decedat: non frater decedenti fratri; sed filia ejus in feudum succedit: cum pater filiæ potius, quàm fratri, illo investituræ pacto prospexisse præsumatur. Et licet patrem sive vasallum acquirentem in ipsa investiturâ id sensisse fingamus: ut etiam, filio mortuo, posteaquam is in feudum successit, filia admitteretur: cum tamen ipsius solius hæc fuerit voluntas, non etiam domini concedentis: sine effectu illa relinquatur. Filia quippe in feudum patris, non nisi ex pacto investituræ succedit. Pactum verò est utriusque, & domini & vasalli, voluntas & consensus. l. 1. §. 2. ff. de pactis. l. pactum. 3. in princip. ff. de pollicitationibus. Quare non spectandum est tantum, quid vasallus primus acquirens voluerit & senserit: sed & quid animi dominus concedens habuerit. Cum igitur nullius expressa sit voluntas: intelligi utriusque debet mens ac intentio secundum usitatam feudorum naturam, argument. l. cum quid. 3. ff. de rebus credit, & l. nec enim ordo. 6. ff. de jo-

de solutionibus. Natura autem feudorum hæc perhibetur: ut, existente filio, non admittatur filia, quæ investitura pacto conjunctim cum masculis vocata fuit: at filio deficiente, locus ipsi filiae in feudi successione pateat, *predicto titulo. 6. §. quinetiam. & dict. tit. §. 8. filia. libro 1. feudorum.* Ideoque non intelligitur pater prospexisse & consuluisse filiabus, etiam in casum, quo decedit masculus, per quem antea remota fuit femina: propterea quod femina cum masculis conjunctim vocata, sub conditione, si masculi deficiant, vocata censeantur. Masculo proinde successione delata tempore existente, adeoque ipsa conditione deficiente: feminarum quoque vocatio corrumpitur, prorsusque evanescit, nec amplius reviviscit, *præalleg. l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionibus. dict. §. conditiones. 4. vers. nam si ea ita. infra, de verborum obligationibus.*

Deficiente siquidem conditione, perinde est, ac si dispositio facta non fuisset, *l. pecuniam, quam. 36. ff. de rebus credit. l. necessariò. 8. circa princ. vers. quod si pendente. ff. de peric. & comm. rei vend. & paria sunt, nihil fieri, vel fieri sub conditione, quæ non purificetur: cum ea conditionis natura sit, ut prius impleatur, quam effectus emolumentumve aliquod ex illâ sequatur. l. si post diem. §. §. sed si sub conditione. 2. ff. quando dies legator. vel fideicommiss. cedat. Cephal. consil. 269. num. 23. lib. 2. Roland. à Valle, cons. 59. n. 8. vol. 3. & expositum supra numer. 136.*

Quintò, nihil resistit hæc argumentatio: Quocunque in gradu masculus existit, femina in successione feudi præfertur, *dict. tit. 17. & tit. §. 1. §. similiter si quis. libro 2. feudorum.* Ergò à contrario, quocunque etiam gradu deficit masculus, femina in feudum succedit: & consequenter, decedente sine filiis masculo, femina per eundem prius submota, succedit in feudum. Nihil, inquam, hæc argumentatio resistit. Plus enim est in conclusione, quam fuit in præmissis, ut *Logici loquuntur*: quippe cum præmissæ agant de masculo deficiente: conclusioni verò alluta sit appendix de masculo, qui non deficit, sed in feudum successit. Masculus sanè, qui succedit, & postea moritur, deficere haud dici potest: quandoquidem ille duntaxat deficere in successione casu reputatur, qui successione delata tempore non succedit, *dict. §. si eadem res. 8. supr. de legat. & juribus similibus præallegatis, num. 217.*

Sextò, communem decisionem non infringit ratiocinatio isthæc: Dispositio quævis ita accipi debet, ne sit otiosa & inutilis, sed ut semper aliquid operetur. *arg. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1.* Ergo quando femina cum masculis, pacto investituræ ad feudi successionem vocatur: pactum hoc ita exaudiri debet, ut femina etiam aliquo casu ad feudum admittatur. Ideoque licet ea femina semel per masculum sit exclusa: attamen eandem alio sequenti casu, quo masculus à primo acquirente descendens, non extat amplius, succedere posse convenit. Aliàs enim nullius momenti foret, nihilq; operaretur illa investituræ pactio: cum feudum hac ratione nunquam ad feminam istam perveniret. Non, inquam,

decisionem communem ratiocinatio isthæc infringit. Quia dispositio quævis intelligenda est secundum disponentium mentem & voluntatem. *l. semper in stipulationibus. 34. in princ. ff. de regul. jur. l. in conventionibus. 219. ff. de verborum signification. l. 3. ibique Iason. C. de liberis præteritis. & l. ult. Cod. quæ res pignori obligari possunt.* sive expressam, sive tacitam, id est, juri & legibus conformem atque consentaneam. *dict. l. cum quid. 3. ff. de rebus credit. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de adilit. edict. l. si stipulatus. 4. in princ. vers. quia non est verisimile. ff. de usur. Lofred. cons. 39. n. 17.* Iam verò voluntas domini concedentis, & primi acquirentis expressa non est: ut quovis casu femina, per masculum semel exclusa, in perpetuum vel ad tempus sit exclusa. Quapropter voluntas tacita, juri ac legibus conformis & consona, hic spectanda venit: quæ est, ut pacto investituræ femina vocata, per masculum à feudo repellatur, & semel repulsa, alio successione casu amplius non admittatur: quem admodum supra argumentis firmis & immotis, pro nostra sententiâ allatis, evidenter ostensum est. Igitur non inutilis aut otiosa est illa investituræ dispositio, quæ cum masculis etiam femina ad feudi successionem vocantur; tametsi

femina ad feudum, à quo semel per masculum fuit exclusa, regressum nullum habeat. Operatur etenim dispositio ista non solum illud, quod femina in feudum succedere possit, si masculus tempore delatæ successione non extet, sed omnino deficiat: verum etiam illud efficit, quod femina antea per masculum exclusa, denuò successione casu existente non admittatur.

Septimò, veritati conclusionis nostræ nihil detrahit hoc adversæ patris enthymema: Quicunque propter alium, in medio existentem, à successione removetur; ejus jus succedendi non penitus extinguitur, sed tamdiu suspensum esse censetur, donec alius succedendi casus contigerit, quo impedimentum illud cessat, *argumento textus in tit. 14. de vasallo decrepita ætatis. & tit. 50. de naturâ successione feudi, libro 2. feudorum. l. si filius. 22. ff. de bonis libert. l. penult. ff. de jure delib. & l. omnia. 32. §. ult. ff. de legat. 2.* Ergo quamvis femina propter existentiam masculi, à feudo arceatur: non tamen ejus succedendi jus omnino extinguitur: sed contingente casu, quo nullus extat amplius masculus, ad feudi successionem admittitur. Hoc, inquam, enthymema nihil veritati conclusionis nostræ detrahit. Nam antecedens enthymematis non est perpetuò verum: quippe cum substitutus heres, propter heredem gradu primo institutum, semel à succedendi jure remotus, ab eo in perpetuum exclusus existimetur: ita ut licet institutus moriatur post successionem; substitutus tamen ad eam denuò non admittatur. *l. post aditam. 5. Cod. de impuber. & aliis substitutionibus. cum juribus concordantibus supra allegatis, n. 203.* Itaque cum femina pacto investituræ conjunctim ad feudi successionem cum masculis vocata ipsis masculis tantum substituta ex feudorum placitis intelligantur, *supra citato tit. 17. in pr. ibi, vel deficientibus his masculis, libro 2. feudor.* consequens ei est, femina per masculum succedentem semel rejectâ, jus illius prorsus extinctum peremptumque esse. *Andr. Knich. tractat. de vestitur. pactionibus pag. 1. cap. 3. num. 40. & seqq.*

Octavò, minime refragatur, quod feudum, quod va-
fallus pro se & heredibus suis masculis & feminis accepit, femineo feudo æquiparetur: quodque in hoc feudo femineo succedat filia, deficientibus masculis, licet masculi aliquandiu feudum possederint, *juxta Dd. ad tit. 30. de feudo femina. libro 2. feudor. Sonsbec. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 133. & Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 23. vers. quod si in feudorum. &c.* Hoc namque posterius falsum esse: proindeque incertum per æquè incertum probari non posse, testantur *Matthæus de Afflict. & Alvarottus in dicto tit. 30. libro 2. feudorum. Borcholt. de feud. cap. 7. parte 2. de successione num. 37. Alciatus, consil. 170. num. 3. Rubens consil. 57. num. 2. & Menochius consil. 400. num. 15.* Taceo, quod à feudo femineo ad masculinum, vel à speciebus disparatis necessario ad alias species inferri haud queat. *l. ult. ff. de calumniat. l. Papinian. 20. in fine principii. ff. de minoribus. l. naturaliter. 12. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si maritus. 10. ff. de donationibus inter virum & uxorem. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. & hac dissimilia sunt. ff. de verborum obligation. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. neque natales. 10. C. de probationibus.*

Nonò, traditionem communem non turbat hoc argumentum: Excludi à jure succedendi non dicitur ille, cui nondum obtigit casus, quo succedere posset. Exclusio enim facta dici nequit, nisi præcessit inclusio, *arg. l. qui superstitis. 94. ff. de acquir. vel omitt. hered. Michael ab Aguirre in respons. pro Rege Hispania apologetico. part. 3. num. 37. huncque referens Petrus Heip. part. 1. quest. 26. n. 19.* Sed donec masculus extat, non existit casus, quo succedendi jus femina competat. Ergò à jure succedendi non dicitur exclusa femina, quæ antè propter masculum succedere non potuit: & per consequens, casu postea contingente, quo nullus amplius adest masculus, per quem succedere impediatur femina, hæc certè admitti debet. Hoc argumentum, inquam, non turbat traditionem communem. Quia jus succedendi in feudum competit hoc casu femina sub conditione, si scilicet tempore delatæ successione masculus ex primo acquirente deficiat, sive non extet,

ut supra edoctum num. 203. & seq. Quando igitur deficit isthæc conditio: non ineptè suo conditionali hoc jure exclusa fœmina dicitur, *D. Henric. Boc. d. tract. de investitura feud. c. 5. num. 92.*

230 Decimò, nihil obest regula, quâ dicitur, quòd concessum à Principe beneficium, perpetuò tributum intelligatur, *c. decet. 16. de reg. jur. in 6. & quàm plenissimè, seu latissimè sit interpretandum, l. penult. ff. de constitutionib.* Quoniam regula ista de eo beneficio accipienda est, quod purè & cum omni causa in aliquem confertur. Cæterum quando feudum pacto investituræ pro masculis & fœminis datur; beneficium hoc fœminæ non purè conceditur, sed sub conditione; si scilicet masculus delatæ successionis tempore deficiat, *ut paulò antè dictum.* Dominus item feudum non cum omni causa concedit: quippe cum directum (quod vocant) dominium sibi retineat, cum spe consolidationis futuræ, *tit. 23. in quibus causis feud. amittatur. lib. 2. feud. junct. tit. 5. quib. mod. feud. amittatur. §. rursus. & tit. 13. de alienatione feudi. §. et si clientulus. lib. 1. feud. Knichen. d. part. 1. de vestituræ. pactionib. c. 3. num. 140. & seq.*

231 Undecimò, nostram conclusionem haud enervat illa vulgatissima juris regula: cessante causa, cessat effectus, *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. 1. C. de heret. l. 1. in princ. C. de Latin. Libert. toll. c. cum cessante 60. ext. de appellat. c. cum infirmitas. 13. ext. de penitent. & remiss.* Nam ea non procedit, quando effectus causæ jam perfectus & consummatus est, & (ut vulgò loquuntur) in esse productus, docente Tiraquello in tract. cessante causa, cessat effectus. limitat. 12. nec non *Adria. o Gylmanno tom. 2. Symphorematis supplication. part. 1. vot. 21. num. 39.* Quare cum fœmina per masculum semel sit exclusa, atque adeò consummatus & perfectus semel effectus causæ illius, quæ est masculi existentia: certè prædicta regula hic planè vitatur, & officium suum perdit, *l. 1. ff. de reg. jur.*

232 Duodecimò & ultimò, nihil ponderis aut roboris habet, quod de iniquitate & duritie sive rigore sententiæ communis, quam defendimus, ab adversariis adferri solet. Etenim hanc sententiam iniquam duramvè esse, negamus & pernegamus: Idque non sine manifesta ratione. Quandoquidem fœminas ex naturâ feudorum regulariter in feudum non succedere, abundè patescit ex illis, quæ docuimus supra num. 159. & seqq. Quòd autem eæ ad feudi successionem ex pacto investituræ, contra feudorum indolem, nonnunquam admittuntur: id meritò soli gratiæ & benignitati domini concedentis acceptum ferre debent: cujus liberalitas secundum jus feudale mensuranda est, & æstimanda eo casu, quo simpliciter masculis & fœminis feudum est datum, nec expressè ac nominatim in pacto investituræ definitum, ut fœmina, licèt semel per masculum submota & exclusa sit, ipso tamen masculo postea sine prole defuncto, ad feudum admittatur. Quoties enim quid specialiter & nominatim contra subjectæ materiæ naturam cautum non est; contrahentes & paciscentes juri, rei que, de qua agitur, naturali indoli se conformasse censentur. *l. 3. ibique Dd. ff. de reb. credit. c. cum dilectus. 8. ext. de consuetudine. Alciat. in tract. de presumpt. reg. 3. presumpt. 32. num. 9. Menoch. consil. 331. num. 35. lib. 4.*

233 Quamobrem cum feudorum naturam hanc esse constet: ut prædicto investituræ pacto fœmina ad feudi successionem intelligatur vocata sub hac tantum conditione, si masculus deficiat: hac utique conditione semel deficiente, ita removeri confestim fœminam, ut perpetuum exclusa sit, firmiter concludendum est: quemadmodum benè respondit *D. Collega Boc. d. tractat. de investitura feud. cap. 5. num. 95.* Et prædictam conclusionem egregiè corroborant, responsa Facultatum Juridicarum in Academia Ingolstadtensi & Heidelbergensi, itemque Tubingensi nostrâ; nec non præjudicia Cameræ Imperialis, de Anno 1590. in causa Habern/ contra Churfürstl. Pfalz. & de Anno 1612. in causa def. Heren Churfürsten zu Meins/ contra Nassau und Wifsbaden: quæ refert Joannes Ulricus Wolff in prodromo res. onfor. & consilior. jur. consil. 1. num. 16.

234 Sicuti autem fœmina per masculum à successionem feudi semel exclusa, in perpetuum exclusa censetur; adeò, ut nec

mortuo illo masculo per quem repulsa fuit, in ejus locum admittatur, velut non levibus argumentorum momentis hætenus comprobatum est: ita eadem semel ob masculi defectum admilla, quamdiu vivit, feudum retinet; etiamsi masculus aliquis postea nascatur. Feudorum etenim placita fœminam, extante masculo, à feudo per successionem acquirendo repellunt: non etiam illam à feudo jam acquisito remonent, *d. tit. 6. §. quinetiam. tit. 8. in princip. §. filia verò. lib. 1. feud. tit. 11. §. ad filias. tit. 17. 18. & 50. in princip. lib. 2. feud. & consequenter hunc casum decisioni dispositionis juris communis relinquunt, argum. tit. 1. in princ. vers. strenuus autem. lib. 2. feud. & l. precipimus. 32. §. ult. C. de appellationib.* Iure verò communi, quod alicujus factum est, id ab eo invito ad alium non transit, *l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. l. si procurator. 35. ff. de acquir. rer. domin. & ne quidem actio, quæ alicui semel quæsitæ est, eo invito resolvi, eique auferri potest, l. habere. 57. in fine. ff. de evictionibus.* cum jus semel quæsitum, perpetuum esse existimetur, *arg. l. si ve possidetis. 16. C. de probationib.* Confert quoque huc, quòd multa fieri impediuntur: quæ tamen, si facta sint, tolerantur, *l. patre furio. 8. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* & quòd actus consummatus non vitatur, licèt deveniat eum in casum, à quo incipere non potuisset: ut latè ostendit Tiraquellus in præallegato Tract. cessante causa, cessat effect. limitat. 12. quòd item contrariorum eadem est disciplina & ratio, *argum. §. 1. f. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. 1. in princ. ff. eod. l. si mortis. 18. in princ. ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Aristot. lib. 1. Topic. c. 11. Nicol. Everhardus in locis legalib. loc. à contrariis, num. 1.* Ut ergo fœmina, semel à successionem remota perpetuò exclusa permanet: sic semel admilla, quamdiu vivit, feudum retinebit. Atq; hanc sententiam utpote in puncto juris veriore & crebrius receptam, probant & sequuntur Baldus, Jacobus de Belviso, & Fridericus Schenck. ad dict. tit. 17. lib. 2. feudor. Franc. Curt. junior in tractat. feud. part. 3. memb. 1. num. 33. Zasius in Epitom. feud. part. 8. num. 53. Jul. Clarus. lib. 4. sententiar. quest. 80. num. 1. Ioan. Thom. de Marin. tit. 11. de feud. fœmin. num. 37. vers. nonò queritur. Guerrinus Pifo in prælud. feud. sub tit. propria & impropria feuda quænam sint. vers. quarta species feudi improprie, & c. Hanneton. lib. 2. de feud. cap. 9. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 4. num. 82. Hartman. Pistoris lib. 2. quest. 35. n. 9. Paul. Berens disputat. 8. ad Instit. them. 1. question. 8. D. Bocerus class. 5. Disp. 18. thes. 17. edit. 2. Ioan. Georg. Majer. in Synops. jurispr. Beneficiaria. sect. 3. cap. 9. reg. 35. p. 67. Schneidevvin. de feud. part. 6. n. 48. Mozz. de natur. feud. num. 101. & Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 49. in fine. Quamvis reclamant, post glossam, Andreas de Ifernia, Martinus Laudensis, & Matth. de Afflict. ad d. tit. 17. lib. 2. feud. Hugo Celsus consil. 26. num. 47. & 56. nec non Franciscus Bursatus consil. 63. n. 16.

Nec quicquam verissimo huic pronunciato decerpunt contrariæ negantis opinionis argumenta. Quod enim primò illius patroni ajunt, fœminam in casu deficientis masculi ad feudi successionem conditionaliter tantum admitti, si scilicet masculus postea non superveniret, *d. tit. 17. ibi, non patet locus fœmina in feudi successione, donec masculus superest, lib. 2. feudor.* ac proinde nato post masculo, repelli fœminam antea admillam: id planissimè falsum est. Nam in scitis feudalibus traditum quidem reperitur, quòd pacto investituræ fœminæ jus succedendi in feudum deferatur sub hac conditione, si masculi deficient defuncto vasallo, de cujus successione agitur. At nusquam scriptum extat, quòd fœmina, deficiente masculo, ad feudi successionem sub aliquâ istiusmodi conditione admittatur. Non igitur ut illud receptum, ita & hoc sine lege feudali recipi debet, ut in simili loquitur *IC. Africanus in l. ejus, qui 41. ff. de reb. credit.* Cæterum quod attinet dictum tit. 17. lib. 2. feud. quem illi pro suâ opinione stabiliendâ allegant: loquitur is de succedendo in feudum, id est, de futurâ successionem, non de successionem jam factâ; quemadmodum ipsamet verba perspicuè arguunt & declarant.

Deinde nihil officit decisioni nostræ, quòd unum quodque faciliè ad naturam suam reverti soleat, *l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. in fin. ff. de pact. cum juribus similibus*

similibus allegatis supra num. 209. Siquidem militat hæc & procedit regula; si jus quæsitum iusto modo, veluti ex voluntate ejus, cui erat quæsitum, rursus resolvatur, ut liquet satis clarè ex illo ipso §. pactus, ne peteret. in fine. §. l. in tantum. 6. in princ. ff. de divisione rerum.

242 Præterea nihil stringit aut obest illa regula juris: quod ea, quæ à principio valent, si postea in eum perveniant casum, à quo initium sumere nequeant, vitentur & evanescant, §. idem juris. 2. vers. item contra. infr. de inutilibus stipulat. l. quia in eum. 16. ff. ad leg. Aquil. l. existimo. 98. in princ. vers. §. maxime. ff. de verbor. obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. 3. in fine. ff. de his, quæ pro non scriptis habent. Ea quippe regula non ita certa & generalis est, ut ab omnibus juris conditoribus, & in omni specie sit recepta: ut arguit Marcellus in d. l. existimo. 98. in princ. ibi, maxime secundum illorum opinionem. §. Paulus in l. pluribus rebus. 140. §. ultim. ff. de verbor. obligat. §. in l. ambiguus. 85. §. 1. ff. de reg. jur. Borcholt. in Commentar. de verbor. obligat. cap. 2. num. 66. §. 67. item cap. 5. num. 6. Est autem isti regulæ locus in iis duntaxat speciebus, quæ cum perfectæ sive consummatæ nec dum sunt, in eum incidunt casum, qui consummationem, exitum & effectum earum impedit, Bartol. ad d. l. pluribus. 140. §. etsi placeat. ff. de verbor. obligat. Philip. Decius in d. l. in ambiguus. 85. §. 1. num. 2. ff. de reg. jur. Dynus in c. factum. 73. num. 7. & 8. de reg. jur. in 6. Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pag. 517. D. Bocer. in tract. de Regalib. cap. 2. num. 85. §. seq. Eademque de regulâ explanatiûs dicetur infr. numer. 298.

243 Quod si tamen vasallus, fato functus, prægnantem uxorem reliquerit, & ea postea filium pepererit: huic filio fœmina, quantumvis in feudum successerit: cedere cogitur. Hujusque ratio in promptu est: quoniam pro jam natis habentur, qui in utero sunt, quoties de illorum commodo quæritur & agitur, l. qui in utero. 7. §. 26. ff. de statu homin. l. si quis. 23. ff. de captiv. §. postlim. revers. l. cum vir. 25. ff. de condit. §. demonstr. Et ita docuit Matthæus de Afflict. ad d. tit. 17. lib. 2. feud. quem referunt & sequuntur Hartmannus Pistoris prædict. quest. 35. num. 11. Hermannus Vultejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 49. pag. mihi 436. Bocerus d. class. 5. Disp. 18. thes. 17. ad lit. d. edit. 2. §. in tractat. de success. feud. cap. 3. q. 8. p. 169. itemq. Ioan. Georg. Majer. in Synops. jurispr. benefic. sect. 3. cap. 9. reg. 38. num. 134. pag. 67.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM LEGITIMORUM TANTUM.

244 HActenus de liberorum naturalium & legitimorum simul successione copiosè & diligenter disseruimus: nunc de successione liberorum legitimorum tantum videamus. Liberi legitimi tantum, vocantur liberi adoptivi: qui neque ex justis nuptiis, neque ex concubinâ procreati, sed legis auctoritate potestateque sunt facti. Ut enim plerumque ars naturam imitatur: ita hîc defectum naturæ lex supplens, sterilitati conjugii, vel mortalitati deficientium familiarum medetur, & pro liberis naturalibus legitimos suos reponit: ut docuimus s. ad princip. tit. de adoptionibus n. 3. §. tradit hîc Petrus Heigius cap. 5. n. 86. Adoptio quippe legis est, quæ imitatur naturam, §. minorem. 4. s. de adoptionib. & facit, ut aliquis filium habere possit, quem non generavit, assertore Cajo lib. 1. 247 Institut. tit. 5. Sunt autem tales legitimi liberi in duplici differentiâ. Nam vel adoptivi in specie dicuntur, vel arrogati. Illi sunt filii familias, qui imperio magistratûs filiorum loco adsciscuntur: hi verò sunt patres familias, qui Principis seu Imperatoris auctoritate adoptantur, §. 1. s. de adoptionib. l. 2. ff. eod. titul. Sanè legitimi liberi, cujuscunque sint generis, jure adoptionis durante, ad patris adoptivi, intestatò defuncti, successionem omnino admittuntur, §. sed hodie. 2. s. de adoptionibus. l. penult. §. 1. C. eod. §. sui autem. 2. vers. nec interest. infr. hoc nostro tit. latè Forster. lib. 5. de successione. cap. 2. Asti idem emancipati, patri adoptivo minimè succedunt. Pendet enim jus succedendi ab adoptione: quâ resoluta etiam cessat successio; & emancipatus desinit adoptivo patri esse filius, & quantum ad ipsum, extranei loco dein-

ceps habetur: cum nihil tam naturale sit, quam ut unumquodque eo modo solvatur, quò colligatum est. §. at hi, qui. 10. ibiq. Mynsinger. num. 2. §. sed ea omnia. 14. infr. hoc tit. d. l. penult. in princ. §. 1. C. de adoptionib. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Secus tamen est, si ab ascendente aliquo fuerit facta adoptio, & emancipatio fiat patre naturali mortuo. Hoc etenim casu emancipatio adoptivis hodie non nocet: ac proinde tam naturali patri, quam avo succedere possunt, Auth. in successione. C. de suis & legit. liber. Novell. 118. cap. 4. arg. §. final. s. de legitimâ agnator. tutel. §. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. Schneidevvin. hîc in cap. de successione filiorum adoptivorum. num. 11. §. seqq. Forster. senior. d. lib. 5. de successione. cap. 3. n. 9. §. seqq. nec non Forsterus junior. lib. 3. disput. 15. thes. 8. Qui duo (contra Accurs. §. ejus affeclas, in d. l. penult. circa princ. vers. si verò patris naturalis. in verb. reverti. C. de adoptionibus §. in §. sed ea omnia. 14. in verb. vocabantur. infr. hoc tit.) disertè statuunt: filium familias, sive ab extraneo, sive à conjuncto adoptetur, si emancipetur, omnia nihilominus jura in bonis patris naturalis integra reservare: propterea quòd in hac successionum ab intestato materiâ, non patria potestas, sed solum jus cognationis naturalis spectetur. d. Auth. in successione. ibi, solâ naturali causa inspe. à. C. de suis & legit. heredib. & jus sanguinis nullo civili jure dirimi dissolvique possit, d. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. §. d. §. fin. s. de legit. agnator. tutel. Idem noviter docuit Hunnius lib. 3. var. resolution. jur. civil. tractat. 1. quest. 9. Nec huic assertioni obstat, quòd in proposito casu, ubi filius ab ascendente aliquo est adoptatus, duplex vinculum, & civile adoptionis, & naturale cognationis concurrat, d. §. sed hodie. 2. s. de adopt. adeoque simplici fortius liget; & consequenter jus naturalis filiationis immuter: argum. auth. itaque ibique Dd. C. communia de successione. l. re conjuncti. 89. ubi Iason. ff. de legat. 3. cap. ext. de treuga & pac. Etenim nexus civilis & naturalis confirmat quidem adoptionem in utilitatem & commodum adoptivi, tantumque operatur, ut filius in plenam potestatem avi adoptantis transeat, & eidem ex testamento & ab intestato, veluti filius legitimus & naturalis succedat, ad differentiam illius, qui ab extraneo adoptatus est. d. §. sed hodie. s. de adopt. non autem nexus ille jus sanguinis tollit aut perimit, argum. d. §. fin. s. de legit. agnat. tutel. Neque etiam adverfatur, quòd nemo duos patres habere, nec duplicis successionis commodum gaudere debeat, per ea, quæ traduntur in l. Gallus. 29. circa princ. ff. de liber. §. posthum. hered. instit. §. si res aliena. 6. s. de legat. l. si servus legatus. 108. §. Stichum. 6. ff. de legat. 1. l. Marcius. 66. §. 1. ff. de legat. 2. §. l. nutu. 21. §. 1. ff. de legat. 3. Quandoquidem haud difficulter fieri potest, ut diversis respectibus diversos quis parentes habeat: fictè unum; propriè verò & naturaliter alterum. Et talis quoque adoptio in augmentum & favorem filii adoptivi facta, in odium ejus retorquenda non est, l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favore. 6. C. eod. c. quod ob gratiam. 61. de regul. jur. in 6. Cùmque filio, ab extraneo adoptato, concedatur, ut adoptivo patri succedat, omniaque inter ea apud patrem naturalem integra illibataque jura sibi reservet, d. §. sed hodie. s. de adoptionib. d. §. sed ea omnia. 14. vers. hoc soluto more corrigentes. infr. hoc tit. §. d. l. penult. §. 1. C. de adoptionib. utique magis illud in adoptione ascendentium dicendum erit, Forster. senior. d. lib. 5. de success. c. 3. num. 12. Caterùm arrogati, etiam à parente arrogatore sine justâ causâ emancipati, in quartâ bonorum parte intestato parenti succedunt, §. cùm autem. 3. vers. sed & si decedens. s. de adoptionib. l. si arrogator. 22. ff. eod. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione liberor. legitimor. pag. 190. Adam. Keller. in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 25. num. 2. Adde Frantzkiûm exercitat. jurid. 8. quest. 6. pag. 235. §. seqq. ubi, quomodo liberi adoptivi succedant, nervosè atque doctè explicat.

Porro feudorum jure liberos duntaxat legitimè natos, non etiam adoptivos, in feudum succedere, certum est. cap. 1. §. adoptivus si de feudo defuncti content. sit, &c. tit. 26. lib. 2. feud. Forster. d. lib. 5. de successione. cap. 5. Schrader. tractat. feud. part. 7. cap. 5. num. 19. Menoch. conf.

conf. 503. num. 21. volum. 6. & conf. 625. num. 49. vol. 7. *Vultejus lib. 1. de feud. cap. 9. n. 50. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 9. num. 63.* Et certè nisi hoc ita placitis feudalibus receptum fuisset : facile fieri potuisset , ut domino feudi etiam invito vasallus ex alienâ familiâ , ex solius vasalli voluntate adscisceretur : quod fieri non debere , arguit textus in cap. 1. in fin. de fratribus de novo benef. investit. tit. 12. libr. 2. feudor. Quinimò adoptivorum successione concessâ , non modò alius ad feudi successionem admitteretur , quàm qui in investiturâ comprehensus esset : sed & per eundem illum excluderentur agnati , in investiturâ vocati : quod & absurdum & iniquum foret , *Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 13. Decian. conf. 34. num. 16. vol. 1. & hos , aliosq. citans Vultejus d. cap. 9. num. 90.* Ex tenore tamen sive pacto investituræ , itemque loci statuto vel consuetudine , etiam adoptivus ad feudi successionem admitti poterit , ut sentit *Alvarottus ad d. §. adoptivus & F. ideric. Schenck. ibidem n. 3. Sonsbecc. d. part. 9. num. 64. Wesenbec. d. n. 13. D. Bocer. d. class. 5. Disput. 18. thes. 6. ad lit. a. Rittershus. lib. 1. partit. feud. cap. 13. n. 5. Gothofred. Anton. disp. feud. §. thes. 6. sub lit. c.* Arrogatus quoque auctoritate Principis ea lege , ut in feudum succedat , admittitur ad feudum , ut scribit *Baldus ad dictum §. adoptivus. argumento l. quod Principis. 23. ff. de aqua , & aqu. plu. arcend. quem Martinus Laudensis ibi , & alii sequuntur. idemq. tradit Schneidevvinus hic sub cap. 257 de success. filiorum adoptivor. num. ult.* Id quod *Schenck de Baro in d. §. adoptivus. n. 4.* verum putat , si nulli extent arrogatoris agnati : quippe cum in præjudicium agnatorum Princeps nihil statuere possit , argum. l. 2. & l. 3. & l. rescripta. 7. C. de precib. Imperatori offerend. & c. quamvis. 8. de rescriptis. in 6. Sed & ipsius domini consensu hujusmodi arrogationem fieri debere , probabile est. Cum enim deficiente legitimâ vasalli prole & agnatis feudi successoribus , feudum ad dominum redeat , tit. 11. de successione fratrum. §. His verò deficientibus. lib. 2. feudor. sanè in domini inviti præjudicium indulgentia Principis operari nihil debet. Ea namque Principis probatur indulgentia , quæ petenti quidem prodest , at non lædit alium , d. l. 2. & d. l. rescripta. 7. C. de precib. Imperat. offerend. *Sonsbec. d. part. 9. n. 65.*

259 Enimverò non desunt in historiis exempla , ubi etiam adoptati , postea regni successores extiterunt : ut videre est in Jugurtha , qui ex adoptione Micipsæ , Numidarum Regis , successit in regno cum Adherbale & Hyempsale , filiis naturalibus ac legitimis ipsius Micipsæ , tam ex ejusdem patris , quàm S. P. Q. R. judicio , ut testis est *S. Iulius in bello Jugurthino.* Sic & Tiberius Augusto , Nero Claudio , Trajanus Nervæ , Antonius Pius Adriano , & ipsi Pio Antoninus Philosophus , & Justino majori noster Justinianus , & aliis aliis per adoptionem in Imperio successerunt , antestoribus Cornelio Tacito , Suetonio , Dione , Aurelio Victore , Alio Lampridio , & ceteris historiarum Scriptoribus. Sic quoque Margareta , Daniæ Regina , Ericum Pomernorum Ducem ; & Anna Neapolitana , Alphonsum Aragoniæ Regem , per adoptionem ad regni successionem invitârunt , ut ex *Bodino lib. 1. de Republ. cap. 4. in fin. hic refert Heigius in cap. 5. n. 93. & eandem rem latius pertractat Tiraquellus ad l. si unquam. 8. in verb. suscepit liberos. n. 19. C. de revocand. donationibus.* Denique quod dictum est , in feudis filium adoptivum regulariter non succedere : id etiam ad emphyteusin Ecclesiasticam vulgò producitur ; sicuti post *Mattheum de Afflict. in d. cap. 1. §. adoptivus , si de feudo defuncti content. sit, tit. 26. lib. 2. feudor. annotavit Heigius hic in d. c. 5. num. 94. Eadem de re videri etiam poterit Forsterus d. libr. 5. de successione. c. 7. n. 12. ubi plures refert.*

DE SUCCESSIONE LIBERORUM NATURALIUM TANTUM.

262 **S**atis superque de liberis , qui & naturâ & lege , vel hujus solius beneficio , ad parentum successionem vocantur , explicatum est : jam ut & de iis , qui naturæ saltem beneficio sese sustinent , sermo instituat , reliquum

est. Liberi naturales tantum (ideo vulgò ita dicti , quia 263 natura in illis sola attenditur : adeoque lex sive jus civile eos non agnoscit , docente *Rittershusio in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 5. n. 2.*) hinc appellantur liberi , ex pellice sive concubinâ , (quam scilicet quis solutam & unicam , indubitato affectu , domi loco uxoris habuit) nati , can. liberi. 15. caus. 32. quest. 2. gloss. in cap. nisi cum priorem. 10. super verb. manzeres. extr. de renunciatione. qui aliàs dicuntur nothi : ut ex *Quintiliano libro 3. capite 6. Jacobo Curcio tom. 1. conjecturar. libr. 3. cap. 8. & Giphano docuimus in §. si adversus. 12. numer. 8. supr. de nupt. & fusiùs ostendit Valent. Forster. libro 6. de successione. ab intest. capite 32. numer. 2. cum seqq. itemq. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 3. Pand. num. 9. pag. 273. cum seq. & homines degeneres. l. ult. in fine. C. de naturalib. liber. & vulgò Bastardi , à Germanico , böße Art / id est , degeneris ingenii. *Cujac. ad Novell. 18. circa fin. & libro 5. observat. 6. Vultejus libro 1. Jurisprud. Rom. cap. 8. numer. 46. Ludovicus de Sardis in tract. de naturalibus. liber. part. 2. n. 2. gloss. super Rubric. ff. de concubinis. Gothofred. ad dict. leg. ult. in verb. degeneres. Cod. de naturalib. liber. Schneidevvin. hic sub cap. de successione liber. natural. tantum. n. 4. Borcholt. in tract. de gradibus. tit. de successione natural. liberor. pag. 187. & in Comment. in consuetud. feudor. c. 7. part. 2. num. 17. Bocer. in tractat. de Regalib. cap. 2. num. 104. & Ranchinus in tractat. de successione. ab intestato. §. 7. numer. 15.* Quibus annumerantur quoque illi , qui non ex concubinâ procreati sunt , sed ex aliâ liberâ fœminâ , quam quis impotentiâ amoris victus compressit : eosque liberos Germani vocant Liebfinder / ut constitutio Electoris Palatini. part. 4. tit. 2. & jus municipale renovatum *Württemberg. part. 4. tit. 18. fol. 479.* item quibusdam in locis *Jungfraufinder / asserente Rittershusio loco supra 264 notato.* Liberi autem isti naturales , justis liberis & uxore legitimâ non extantibus , patri succedunt in sextantem hereditatis , hoc est , in duas uncias , cum matre suâ in viriles partiendas. Cæterum si defuncto conjunx legitima supersit : filios naturales , ex concubinâ natos , in totum removeri placuit , dict. *Novell. 18. cap. 5. & Novell. 89. c. 12. §. si quis autem defunctus. Auth. licet patri. C. de naturalibus liber. Heigius hic cap. 5. numer. 115. Covarruvias in Epitom. in quartum librum decretal. pars. 2. capit. 8. §. 4. n. 9. Ludovicus de Sardis dict. tractat. de naturalibus. lib. part. 3. n. 2. Fernand. Vasquius lib. 3. controversiar. illustr. cap. 102. num. 15. & seq.* Hujusque ratio hæc assignatur : tum ut parcatur pudori honestæ & legitimæ uxoris , tum ut justo ejus dolori occurratur ; quam verisimile est juste offensum iri , si quos videat , se vivâ , in numero & jure liberorum defuncti haberi aliunde susceptos , quàm ex honesto & legitimo matrimonio , quale ipsius fuit cum defuncto. Id verò futurum est , si ipsâ superstitie naturales ejuscemodi , nullâ ex parte defuncto succedant. *Ludovic. Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disputat. 166. numer. 5. Donell. libr. 9. Comm. de jure civil. cap. 2. pag. 400. num. 30. D. Bocer. hic n. 62. p. 69. & cl. 3. Diff. 10. th. 12. ad lit. b. edit. 2. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 32. ff. question. 5. pag. 131.**

Et hæc in liberis naturalibus primi duntaxat gradûs lo- 265 cum habent. Nam secundi vel ulterioris gradûs , hoc est , nepotes aut pronepotes naturales , à successione avi vel proavi paterni prorsus excluduntur. d. l. ult. vers. sed hoc in his. C. de naturalib. liber. d. *Novell. 89. cap. 12. in fin. Cujac. ad d. Novell. 18. Angel. Aretin. in §. novissimè. infr. de Senatusconsulto Orficiano. Gail. lib. 2. observat. 115. n. 1. Forster. d. lib. 6. de successione. cap. 10. n. 5. Matthæsyllan. in tract. de success. ab intest. membr. 2. primi artic. n. 4. Gabr. Paleottus in tract. de nothis spurisq. filiis. cap. 38. num. 5.* Ratio ejus hæc reddi solet : quia tametsi concubinatus per leges nomen assumpsit , l. in concubinatus 3. §. 1. ff. de concubinis. ibiq. *Gothofred.* vitium tamen aliquod in se continet , d. l. ult. C. de naturalibus liber. & ob id nepotes ac pronepotes naturales digni non judicantur , ut ab intestato ex bonis avi vel proavi paterni aliquid consequantur : maximè cum de domo & familia patris 267 non sint , atque arma & insignia familiæ non ferant ;

Bartolus in leg. tutelar. 7. in princip. ff. de capite minutis. Baldus in leg. generaliter. 6. §. cum autem. C. de institutionibus & substitutionibus. Tiberius Decian. respons. 1. num. 6. vol. 3. & resp. 31. num. 92. & 93. vol. 1. Ioannes Borcholt. dict. tractat. de gradibus. tit. de success. natural. lib. pag. 188. Adam Keller. in tract. de iure succed. ab intest. tit. 6. num. 5. Quamvis aliter sentiant Covarruv. ad d. lib. 4. Decretal. part. 2. c. 8. §. 4. num. 10. Bald. & Salicet. in d. l. fin. C. de naturalib. liber. Grass. in §. successio. quest. 18. n. 3. & Heigius hic c. 5. sub tit. de iure succedendi naturalium proprie sic dictor. n. 117. Eadem de re videatur D. Besoldus lib. 1. politicor. c. 11. num. 60. & Johan. Stephan. Durantus quest. jur. 19. & 20. pag. 85. & similibus.

- 268 At quid de filiis, ex diversis concubinis simul existentibus progenitis, censendum? Et eos patri, idque propter odium effusa libidinis, omnino non succedere, aperte decisum est, d. Novell. 89. cap. 12. §. si verò effusa. §. Forster. d. lib. 6. de successione. c. 10. n. 3. Matthias Stephani cent. 3. sub quest. 9. Ad matris porro, etiam illustis, nec non aliorum ascendentium, per lineam maternam conjunctorum bona, naturales unà cum legitimis liberis æquâ lance & pariter convolare, indubitati juris est, dict. l. novissimè. 3. ubi Angel. Aretin. infr. de Senatusconsulto Orfician. l. 2. & l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. l. si qua illustis. 5. C. ad Senatusconsultum Orfician. Schneidevvin. hic sub cap. de success. liberorum natural. tantum. num. 14. & seqq. Covarruv. dicto loc. num. 15. Arnold. de Reyger. in thesaur. jur. pag. 656. Francisc. de Barry lib. 18. de successione intestati. tit. 1. num. 17. & seq. in tantum, ut testamento neglecti, aut præteriti, querelam inofficiosi intentare valeant, l. si suspecta. 29. §. 1. & ibi Paul. Castrens. ff. d. inoffic. testament. Schneidevvin. dict. loc. num. 18. Arumæus Exercitat. Iustin. 11. thes. 8. ad lit. c. Forster. dict. lib. 6. cap. 11. num. 4. & 5.
- 270 Et si verò, liberis legitimis extantibus, naturales à successione patris repelluntur: alimenta tamen illis, ex bonis paternis arbitrio boni viri debentur. dict. Auth. licet. vers. huiusmodi. Cod. de naturalib. liber. d. Novell. 89. cap. 12. §. si quis autem defunctus. 4. Oldendorp. class. 5. act. 5. in epitome success. ab intest. n. 9. Heigius hic d. c. 5. num. 127. & Boccr. num. 63. pag. 70. & d. tract. de Regal. c. 2. n. 107. pag. 108.

- 271 Sanè si liberi naturales per subsequens matrimonium, etiam in articulo mortis contractum (de quo ubertim diximus in §. aliquando. 13. supr. de nupt. num. 5. & seqq. & noviter pulchrè explicuit Georgius Beatus in suis decisionibus antinomiar. quest. 9. nec non Hunnius in suis resolut. ad vol. 2. Treutleri, disput. 15. (vel 16.) th. 2. lit. A. quest. 15. pag. 206. & inibi in suis not. Bachovius. pag. 1002. & seq. qui dissentire videtur) legitimi effecti fuerint: cum liberis reliquis per omnia parentum hereditate gaudebunt, §. sui autem heredes existimantur. 2. vers. quibus connumerari. infr. hoc tit. l. cum quis. 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. lib. Novell. 12. c. ult. & Novell. 89. c. 8. Ratio conspicua est: quia legitimati per subsequens matrimonium, per omnia, & in omnibus, pro veris, justis & legitimis liberis habentur: nec quicquam à liberis naturalibus & legitimis, ex iusto matrimonio procreatis, differre censentur. Matrimonium quippe sequens purgat omne vitium antecedens, & retrotrahitur ad tempus conceptionis & nativitatis filiorum: & perinde habetur, ac si contractum esset ante conceptionem nativitatemque filiorum. c. tanta. 6. ext. qui filii legitimi. Matthias Stephani cent. 1. quest. 46. ad lit. b. & quest. 47. Rittershus. in expositione Novell. Iustin. part. 7. cap. 6. numer. 3. David Döringius in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. adulterium. num. 294. fol.
- 272 754. Ideoque liberi ita legitimati, substitutum in casum non existentium liberorum legitimorum & naturalium excludunt: & statuto fœminas excludente, masculis legitimè natis existentibus, comprehenduntur: ut tradunt Anton. Gabriel. Roman. lib. 6. commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 1. ampliat. 13. & 14. Andreas Gail. lib. 2. observat. 141. Gravaus lib. 2. conclus. 141. Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de successione liberor. per subseq. matrimon. legitimator. pag. 197. & seq. Andreas

Gerhardi Decad. 11. quest. 4. Ludovic. Molina. tom. 1. de iustit. & jur. tractat. 2. disput. 172. num. 14. D. Collega Besold. in delib. jur. ex libr. 1. Pandect. num. 32. pag. 120. Hieronymus de Cavallos in speculo aureo opinionum commun. contra communes. quest. 2. num. 5. Forster. libro 6. de successione. ab intestato. c. 28. & 29. n. 4. & 14. aliq. plurimi, ab iis allegati. Adde eâ de re copiosius dissertantem Paulum Emiliū Gallum in tractat. de except. in success. tam ex testam. quam ab intest. part. 1. tit. 1. except. 2. num. 18. & multis seqq. Ad istum autem per subsequens matrimonium legitimandi modum quæ necessaria sint, succinctè explicuimus in dicto §. aliquando. 13. supr. de nupt. numer. 3. & 4. Deque iis exquisitijs agit Franciscus de Barry d. lib. 18. de successione. intestati. tit. 1. num. 21.

De eo dubitatum memini: an matrimonium intermedium impediat legitimationem proles per subsequens matrimonium? Exempli gratiâ: Quidam ex concubinâ suscepit liberos: deinde aliam mulierem uxorem duxit; hacque mortuâ, priorem concubinam matrimonio sibi junxit: quæsitum est, nunquid matrimonium intermedium legitimationi liberorum, antè susceptorum, officiat? Et non officere, plerisque non sine ratione visum est. Si quidemabilitas extremorum (uti fandi mos est Interpretum nostrorum) sufficit; velut hoc loco temporis, quo liberi sunt procreati, & ejus, quo sibi quispiam matrimonio concubinam jungit, argum. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. habeantur. ubi tempora præterita conjungi præsentibus ob secundam hypothecam non impediuntur, & argum. l. intercidit. 59. §. 1. ff. de conditionibus & demonstrat. ubi legatum non intercidit, si per sona legatarii intermedio tempore incapax reddatur. Huc quoque facit vulgatum axioma: quando est impedimentum causatum facto hominis, superveniens medio tempore, non impedit extrema conjungi, argum. l. cum decem mihi. 71. §. 1. ibiq. Bartolus. ff. de solutionibus. & l. bonorum. 24. §. 1. ff. ratam rem haberi. Eidem sententiæ suffragatur textus in Novell. 74. c. 2. §. si verò. vers. omnino enim suis existentibus, deinde naturalibus procreatis, aut primitus natis, &c. ubi haud dubiè aliud matrimonium medium fuit inter concubinatum, & matrimonium cum concubinâ initum: cum aliàs non possent dici nati legitimi post naturales legitimandos: ut fusiùs id demonstrat Antonius de R sell. in tractat. de legitimat. tit. de causa materialis legitimationis. num. 50. & seqq.

Accedit denique & illud, quod istam vim legitimandi prolem priorem, jura matrimonio simpliciter & generaliter concedant, nec distinguant, an aliquod medium matrimonium intercesserit, vel non: aut an alia legitima proles, vel non, subsit: ut apparet ex lege Divi Constantini. 5. Cod. de naturalib. liber. Novell. 12. cap. 4. dubitatum, &c. & d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legit. Ergo nec nos distinguere debemus, argum. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi. l. de pretio. 8. ibiq. gloss. & Bartolus. ff. de Publician. in rem act. Atque hanc, utpote æquam & communem, usque receptam sententiam, tenent Goffredus in summâ, de filiis Presbyteror. ordinand. vers. quid si natus. Hostiens. in summâ, eodem tit. §. 2. in fin. Richardus Malumbra in disput. incip. in quibusdam Provinciis, &c. Anton. Butr. & ceteri. in d. cap. tanta. extr. qui fil. sint legit. aliique quos refert & sequitur Molinaus in Commentar. ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 8. gloss. 1. n. 34. Quibus adjiciendi quoque sunt Zasius in epitom. feud. part. 8. num. 76. Forster. senior. in tract. de successione. lib. 6. cap. 23. num. 15. & seqq. Borcholt. in Commentar. in consuetud. feudor. cap. 7. de successione. &c. num. 49. & Roberus Disp. 3. ad Institut. thes. 3. Et quamvis Ludovicus de Sardis dict. tractat. de naturalib. liber. s. de legitim. per verum matrimonium. quest. 2. num. 5. & 6. contrarium defendere præsumat: ejus tamen opinio, tanquam minùs æqua, & Saturnina (ut loquitur Molinaus jam allegato loco) rejicienda est, & contrâ communis omnino approbanda: adversus quam nimia & rigorosa subtilitas à consulentibus & judicantibus admitti haud debet, teste Marciano in l. sicut. 8. §. si debitori. 16. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solvit. & Accursio in c. sole

rulo 6. Episcopum vel Abbatem. in verb. feudum. lib. 1. feudorum.

278 Non refragantur textus, qui volunt, in legitimatione affectionem concubinalem continuatam, esse transmutandam in maritalem. *l. cum quis. 16. ibi, postea autem ex eadem affectione. § l. seq. C. de natural. lib. Novell. 89. cap. 8. vers. affectus enim circa filios, &c. cum similibus.* Nam ope fictionis censetur nostro in casu eadem affectio, cum verbum postea, in *d. l. cum quis. 10. C. de natural. liber.* verificetur etiam posito aliquo intermedio, argum. *l. 1. in princ. ubi Doctores. ff. si tabula testamenti nulla extabit.* Nihil quoque obstat, quod appellatione nuptiarum in jure nostro veniant primæ tantum, non secundæ. *l. cum pater. 77. §. pater certam. 9. ff. de legat. 2. l. dotis promissi. 66. in fin. ff. de jure dot. cum similibus.* Etenim respondetur: hoc tantum secundum quid verum, cæterum absolute falsum esse: cum utique secundæ sint nuptiæ: & aliæ, nec liberos post primam uxorem natos ex concubinâ legitimari posse, sequeretur. Sed & in *d. l. 68.* ideo dicitur, dotis promissæ obligationem extinguere, si aliæ nuptiæ intercesserint: quod quicumque intuitu certæ mulieris, quam Titius ducturus erat, dotem promissit, tacite promississe videatur, si nuptiæ cum illâ ipsa muliere statim sequantur. Nec quicquam aliud ex illo textu ad hanc rem inferri potest, quam, promissionem Titio factam super dote, si concubinam duxerit; aliâ uxore ductâ extinguere: neque reviviscere, si postea Titius concubinam ducere velit: intermedium autem matrimonium impedire legitimationem, qui proprius est nuptiarum effectus, malè inde inferitur. Reliqua, quæ nostram hebetare videntur assertionem, satis refellit Forsterus dicto loco, & Antonius de Rosell. dict. tract. de legitimat. tit. de causa materiali legitimat. n. 56. & seqq. itemque Reinhardus Bachovius in suis not. ad vol. 2. Trentleri. disput. 16. th. 2. lit. A. pag. 1004. & seqq. Porro an & quatenus per conjugium subsecutum legitimatus jure primogenituræ gaudeat, accuratè explicant, post alios, Tiraquellus in Comment. de jure primigen. quest. 34. num. 3. cum multis seqq. Molin. dict. Commentar. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 8. gl. 1. num. 34. cum seqq. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 27. Nicol. Betsius in tract. de pactis famil. illustr. c. 9. pag. 575. D. Collega Besoldus lib. 1. de regiâ success. dissertat. 9. num. 8. & seqq. & novissimè D. Martin. Rümelin. in dissertat. 6. ad Aur. Bull. th. 13.

280 Cæterum legitimated per rescriptum Principis tum deum parentibus suis succedunt, si justis & legitimi liberi deficient. *l. imperialis. 23. Cod. de nupt. d. Nov. 89. c. 9.*

281 Ast ut Imperiali rescripto naturales liberi efficiantur legitimi, tria cum primis conjunctim requiruntur: I. Ut matrem istorum liberorum conjugem habere pater nequeat. *d. Nov. 89. c. 9. Bocer. in tract. de regalib. cap. 2. num. 69. Gail. libro 2. observat. 142. num. 3. Forster. d. libro. 6. de successibus. cap. 33. num. 19.* II. Ut alios liberos legitimos non habeat. *Novell. 74. c. 2. & d. Novell. 89. cap. 9. Iason. ad leg. Gallus. 29. §. & quid, si tantum. num. 107. ff. de liber. & posth. Antonius Gabriel. Roman. d. lib. 6. commun. conclus. tit. de legitimat. conclus. 6. Vultejus. libro 1. jurisprudent. Rom. cap. 23. num. 12.* III. Ut ipsi liberi naturales in sui legitimationem consentiant, *d. Nov. 89. c. 11. Carolus Tapia in Commentar. ad Rubr. ff. de constitut. c. 5. num. 46. huncque referens D. Bocerus dicto loco.* Videatur etiam Petrus Friderus Mindanus de processib. Cammer. lib. 3. cap. 12. num. 3. ubi, quid in supplicatione pro impetrandâ legitimatione narrandum sit, breviter ostendit. Enimverò naturales liberi, ad supplicationem patris, etiam extantibus liberis legitimis & naturalibus, adjectâ hac clausulâ, non obstante, quod liberi legitimi supersint, legitimated per Principem, cum legitime natis succedere possunt, arg. *l. 2. & 3. ff. de natalibus restituend. § l. 2. in fin. C. de jure aur. annul. & de natalib. restit. Ias. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantum. num. 96. ff. de liber. & posth. Alexander consil. 188. num. 24. vers. non obstat. &c. Borcholt. d. tract. de gradib. pag. 204. Gail. lib. 2. observat. 142. n. 8.*

282 Indisceptationem hîc illud vocatur: nunquid, si pater (legitimatione liberorum naturalium per Imperatorem

factâ) uxorem ducat, & ex eâ liberos legitimos suscipiat, legitimatione revocetur, & irrita fiat? Negantium opinionem juri consonam esse, ex sequentibus præcipue rationibus constat. I. Quia ea, quæ legitime & rite constituta sunt, durant: licet ille postea extiterit casus, à quo initium capere non potuerunt. *l. in ambiguis. 85. §. de regul. jur. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6. idque maxime in beneficiis, ut est legitimatione, locum habet, cap. decet 16. eodem tit. in 6.* II. Quia filium temporalem habere, absurdum est: velut ex mente Labeonis respondit Paulus *IC. in leg. quæstum. 34. ff. de adoptionibus. Cujac. in Commentar. in lib. 11. question. Paul. pag. 234.* III. Quoniam perfectum quod est, ex postfacto irritum fieri aut revocari non debet, *l. si, ut proponis. 3. C. de confirmando tutore. l. sancimus. 25. vers. non enim debet. C. de administratione tutor. &c.* IV. Quia legitimatione, per subsequens matrimonium facta, non constituitur irrita, quantumvis postea patri liberi legitimi nascantur, *d. Nov. 74. in præfat. §. sancitum namque est. & d. Novell. 89. cap. 8.* V. Quia certi, jureque definiti sunt modi, quibus liberi à nexu patriæ potestatis liberantur, *l. patre. 8. ff. de his, qui sui, vel al. juris sunt. tot. tit. supr. quibus modis jus patriæ potestatis solvit.* Quibus tamen nusquam legitimorum liberorum nativitas connumeratur. Atque hanc sententiam, tanquam communem & veram, suis suffragiis comprobant Decius consil. 307. incip. viso puncto. colum. final. vers. quare non obstat. & consil. 576. pro resolutione. col. 1. in princ. vol. 3. Matthæus Gribald. in communib. opinionib. in verb. legitimatus. vers. legitimatio. Ioan. Fichard in addit. ad Bapt. à Villalobos in communib. opinionib. lit. L. num. 83. & latè Tiraquell. ad *l. si unquam. in verb. donatione largitus. num. 282. & seqq. C. de revocand. donat.* Quod autem idem Tiraquellus ibidem num. 308. & seqq. prædictam sententiam eo duntaxat casu procedere existimat, quo pater & Princeps in ipsa legitimatione cogitârunt de futuris liberis, non item eo casu, quo de liberis legitimis non cogitaverunt: & n. 316. & seqq. ex quorundam Dd. traditione subjicit, etiam hoc posteriore casu legitimationem, quoad patriam potestatem, honores, & dignitatem, privilegiaque familiæ omninò consistere ac durare: sed quoad jus succedendi, quod solis postea legitime natis liberis competat, irritam fieri; id sanè à juris ratione prorsus alienum, adeoque minimè ferendum judico, cum *D. Collega Bocero in dict. tractat. de regalib. c. 2. n. 75.* Tum quia legitimationis effectus patriæ potestas censetur, *d. Novell. 74. cap. 1. ibi, & suos de cætero, & sub potestate habere. & c. 2. in pr. ibi, ut sub potestate ejus consistent.* & *d. Nov. 89. c. 9.* Atqui patriæ potestatis effectus est, jus succedendi in bona defuncti patris. *§. 1. §. emancipati. 9. & §. sed ea omnia. 14. infr. hoc. tit.* Cum ergo patriæ potestas in liberos legitimatos duret, licet ipsi postmodum patri nascantur liberi legitimi: certè jus etiam illud succedendi in hereditatem patris durabit. Tum quia liberi, per rescriptum Principis legitimated, nihil à legitimis liberis differre dicuntur, per modò allegatam *Novell. 74. c. 2. in princip. ibi, nihil à legitimis filiis differentes. & d. Nov. 89. c. 9. in fine.* Quare unâ cum legitimis liberis, postea natis, in patris hereditatem merito succedunt. Tum quia naturales liberi per hunc legitimationis modum restituuntur & naturæ, & antiquæ ingenuitati, & juri legitimo, dict. *Novell. 74. c. 2. in princ. & dict. Novell. 89. cap. 9. §. sit igitur. 1.* Hoc igitur jus ipsis acquisitum, eis invitis non debet auferri, ne quidem per emancipationem à patre factam, dict. *Novell. 89. c. 11. in princ. l. id, quod nostrum. l. 1. ff. de reg. jur.* Tum etiam quia pœna est noxæ sive delicti vindicta. *l. aliud fraus. 131. ff. de verborum significatione.* Nihil autem delinquant legitimated liberi facto patris, ad secunda vota transeuntis, legitimosque liberos justâ ex conjugis suscipientis. Neque ergo privatione juris succedendi puniendi erunt. Tum postremò quia nullâ lege aut constitutione jus succedendi in paternam hereditatem ademptum est liberis legitimatis, eo casu, quo post legitimationem patri liberi legitimi nati sunt. Ergo, cum sine lege loqui erubescamus, *Novell. 18. cap. 5. in princ. nec nos id dicere debemus. l. ab ea parte. 5. in princ. ff. de probationib. & l. illam merito. 19. vers. superstitibus quidem.*

dem. ibi, eò quòd nulla constitutio super hujusmodi collatione posita esset. C. de Collationib.

- 294 Nec imminuit decisionem nostram: quòd legitimatio per imperiale rescriptum fieri nequeat, si pater jam justos & legitimos liberos habeat, d. Novell. 74. cap. 2. dict. Novell. 89. cap. 2. Nam justique quidem & legitimi liberi ante legitimatorem procreati, impediunt legitimatorem futuram: at post eam ritè factam nati, ipsam non tollunt, & ne quidem quoad successionis effectum. Factum n. legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari. d. cap. factum. 73. de regul. jur. in 6. dict. l. 296 in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. jur. Hinc quamvis furor, & sponsalia, & matrimonium contrahendum impediatur: contracta tamen sponsalia, aut matrimonium alterutrum sponsi vel conjugis, non dissolvit aut infirmat, l. furor. 8. ff. de sponsalib. & l. pater furioso. 8. in princip. vers. nam furiosus ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. Hinc etiam licet cæcus ad novum magistratum aspirare penitus prohibeatur: attamen cœptum ante cæcitatem magistratum retinet, l. 1. §. secundo loco. §. vers. sed melius est. ff. de postulando. Quapropter & legitimatio, per rescriptum Principis ritè facta, non revocatur; tametsi patri post legitimatorem liberi justique nascantur.

- 298 Nihil item conclusioni nostræ obloquitur regula illa vulgata: quòd ea, quæ ab initio constiterunt, corrumpi & irrita fieri dicantur, cum eum in casum recidunt, à quo incipere non potuerunt, l. existimo. 98. in fine principii. ff. de verborum obligationibus. l. pro parte. 11. ff. de servitutibus. l. 3. in fin. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. & similib. Præterquam enim quòd non omnium, sed quorundam solummodo Iuris auctorum opinio fuit; ea, quæ rectè constiterunt ab initio, resolvi; si in eum pervenerunt casum, à quo initium sumere non potuissent, d. l. existimo. 98. in princ. vers. & maxime secundum illorum opinionem. ff. de verborum obligat. sciendum etiam est, hanc regulam non in omnibus, sed iis duntaxat casibus esse veram, quibus res, quæ agitur, eo tempore, quo agitur, ultimum finem ac effectum non sortitur, ut jam supra dictum est num. 242. Unde in servitutis promissione non constituitur perfectè ipsa servitus: sed tum demum, cum planè acquiritur, & prædiis imponitur. Licet proinde stipulatio servitutis sit utilis: perimitur tamen & resolvitur, si tempore quo acquiritur, sive prædio imponitur, casus aliquis existat, quo in stipulationem deduci non potuisset, d. l. existimo. 98. in princ. & l. si sub una. 136. §. 1. ff. de verborum obligationibus. & dict. l. pro parte. 11. in fin. ff. de servitutibus. Sic si res in stipulationem deducta, tempore stipulationis sit in commercio hominum; sed ante traditionem in hominum commercio esse desinat: inutilis efficitur, extinguiturque stipulatio: cum ea ultimum suum finem & effectum tempore primum traditionis consequatur. §. idem juris. 2. vers. item contra. infr. de inutilib. stipulationib.

- 300 Cæterum altera regula, pro stabiliendâ decisione nostra supra num. 295. allata & proposita in dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. ff. de regul. juris & dict. capit. factum 73. de regulis juris in 6. in his procedit speciebus, quæ eo, quo aguntur, tempore confestim ultimum suum finem & effectum sortiuntur: quo tempore, si utiliter & legitime fiant, durant; quanquam postea in eum inciderint casum, à quo initium capere non potuerint. Cujac. in Commentar. in libr. 12. respons. Papin. pag. 517. & seq. Decius ad dict. leg. in ambiguis. 85. §. 1. num. 2. ff. de regulis juris. aliq. superius allegati, num. 242. Hinc servitutes, quæ jure acquiritæ sunt, prædioque impositæ, ex accidenti & ex post facto intercidere non possunt, l. penult. §. ult. ff. de verborum obligationibus. Simili ratione jus acquisitum eo tempore, quo utiliter acquirebatur, subsequens tempus corrumpere nequit, licet eum inciderit in casum, unde initium capere non potuit. l. 1. §. ult. ff. de itinere, actuque privato. l. si de eo fundo. 40. §. penult. ff. de acquir. vel amitt. possess. Quo circa cum ipsa legitimatio ultimum finem & effectum suum tempore legitimatorem statim consequatur; quem finem & effectum esse patriam potestatem, d. Novell. 74. cap. 1. & 2. & dict. Novell. 89. capite. 9. hujus verò effectum esse jus succedendi in futuram hereditatem patris, docuimus supra

n. 231. quamvis postmodum justique liberi patri agnascantur, sicque legitimatio in eum reciderit casum, à quo inchoari nequivit; ejus tamen finis & effectus amplius non corrumpitur.

Præterea nullum contrariæ opinioni adfert patrocinium: quòd jus filiationis separatim est à jure successionis: si quidem quis hereditati patris renunciari, & nihilominus ejus filius manere possit: & licet filius ab hereditate patris sit exheredatus; filius tamen ejus esse non desinat. Etenim separatio isthæc fit aut voluntate filii, ut in renunciatione; aut filii ingratitudine, ut in exheredatione. In proposito autem themate agitur de legitimatis liberis, qui nec hereditati paternæ renunciant, nec ullius ingratitudinis argui possunt: proindeque nec à patre exheredantur, ut rectè respondit D. Bocerius in præallegato Tract. de regalib. cap. 2. num. 86. in fine. pag. 96. De eadem controversiâ in utramque partem disserit Ludovicus Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disput. 173. num. 28.

Trahitur in questionem ancipitem & illud: Num agnatorum & cognatorum, qui post liberos legitimos successuri sunt, consensus sit ad hanc legitimatorem necessarius? Et eum non esse necessarium, sanior & receptior doctrina est. Tum quia neque d. Novell. 74. neque d. Novella. 89. (quæ utraque de hac legitimatorem, ejusque requisitis agit) cupiam agnatorum vel cognatorum consensum desiderat. Tum quia agnatis & cognatis nullum in bonis agnati & cognati adhuc viventis jus est quæsitum: siquidem is, exclusis illis, etiam extraneæ honestæ personæ bona sua testamento relinquere possit, l. fratres vel sorores. 27. C. de inofficioso testament. arg. l. in rem mandata. 21. C. mandati. Tum quia cum adoptio sit, non est necessarius in eam rem agnatorum & cognatorum consensus, respondente Celso in l. cum adoptio. 7. ff. de adoptionib. Tum denique, quia pater qui nullam prolem legitimam aut parentes habet, naturalibus suis liberis universam suam substantiam vel ultima voluntate, vel inter vivos relinquere potest, d. Novell. 89. c. 12. §. si verò filios non habuerit. & Auth. licet. C. de naturalib. liber. Et hanc sententiam firmant probantque Iason. in l. Gallus. 29. §. & quid si tantum. num. 130. ff. de liber. & posthum. Decius. consil. 55. num. 2. cons. 338. num. 2. & cons. 376. num. 6. Anton. Gabriel. Roman. lib. 2. commun. conclus. tit. de citation. conclus. 1. num. 143. Antonius de Rosellis in tract. de legitimat. lib. 1. tit. de caus. formali legit. n. 11. Capra consil. 2. colum. 4. & 5. Bursarius consil. 10. n. 5. vol. 1. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. liberor. per rescript. Princ. legitimator. pag. 202. Gail. lib. 2. obs. 142. num. 1. & 2. Forster. lib. 6. de successib. cap. 33. num. 26. Adam. Keller. in tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. num. 4. Molina. d. tract. 2. disput. 174. Domini Collegæ Andreas Bayer & Christ. Besold. part. 5. consil. 199. num. 40. & seqq. aliique plures. ab his designati.

Nec quicquam ad rem pertinet, quòd agnati & cognati succedant in bona agnati & cognati sui, sine liberis justis defuncti: atque ita jus quoddam in spe ipsis sit quæsitum. Nam jus in spe, quod quis habet, considerabile non est, ut tradunt Bartolus, Crotus, Iason, & alii ad d. l. Gallus. 29. §. & quid si tantum. ff. de liber. & posthum. hosque referens D. Bocerius d. tract. de regalib. c. 2. num. 88. & seqq. ubi propositam questionem accuratius & copiosius examinat: nec non num. 93. contra alios speciosis rationibus ostendit: legitimatos per rescriptum Principis succedere etiam ipsis cognatis intestato mortuis, licet illi legitimatorem non consenserint.

Est & hæc nobilis, contrariisque Doctorum opinionibus involuta questio: utrùm liberi naturales, per rescriptum Principis, vel Comitem Palatinum, legitimandi potestatem indubitatè habentem, legitimati comprehendantur statuto excludente fœminas, extantibus masculis naturalibus & legitimis? Et quamvis multi id affirmant. Baldus in Leam, quam. 14. & Iason. in l. cum acutissimi. 30. col. 2. vers. breviter. C. de fideicommissis. Castrens. in l. sed si hæc. 10. §. patronum. ff. de in jure vocand. & in l. si ita quis. §. §. ult. ff. de legat. 2. & cons. 226. dicendum est. lib. 3. Ant. Rosell. d. lib. 1. de legitim. tit. de causa final. legitimatorem, num. 4. Alexand. cons. 2. num. 11. & cons. 94. colum. 2. vers. secundo. lib. 1. Beroni consil. 14. num. 2. & consil. 174. num. 10. lib. 2. Curt. junior

consil. 53. num. 10. *Albert. Brunus in tract. de statutis*
fœminas à successione excludentib. artic. 12. q. 4. num. 10.
Gozadinus cons. 6. num. 38. & cons. 85. num. 26. Alcia-
tus respons. 307. num. 2. Parisius consil. 55. num. 10. lib. 3.
Covarruv. in Epitom. in 4. libr. Decretal. secund. part. cap.
8. §. 8. num. 3. Decianus cons. 3. num. 86. lib. 1. Bursatus
consil. 85. num. 12. & cons. 89. num. 22. Menochius cons.
227. num. 35. & cons. 266. num. 9. Paul. Emil. Gall.
d. tract. de except. part. 1. tit. 1. except. 3. n. 2. & seqq. fol.
60. Hieronymus de Cavallos in Specul. aur. opinion. com-
mun. contra commun. q. 2. n. 15. & seqq. alique quos isti
citant: conclusionem tamen negatam veriore, & judi-
cio Camera Imperialis meritò approbatam esse, reor. Et
enim legitimatio, quæ fit per rescriptum Principis, ex-
tantibus liberis naturalibus & legitimis, odiosa, jureque
prohibita censetur: proindeque eo casu illegitimi jus li-
berorum legitimorum rescripto principali non consequun-
tur. Idque manifestè probatur per Novell. 74. cap. 2. in
fin. vers. omnino enim, &c. & Novell. 89. c. 11. §. 1. vers.
omnino enim legitimis, &c. ubi dicitur, tunc per rescri-
ptum filios legitimos effici, cum alii legitimi non extant:
si verò extent, legitimos fieri posse per oblationem curiæ,
vel per matrimonium, non autem per rescriptum. Si er-
go jus legitimorum filiorum isti non habent per rescriptum:
neque fœminas excludere possunt, quas soli filii legitimi
& naturales excludunt. Nec obstat, si obiiciatur, fieri
posse, ut, etiam filiis legitimis existentibus, naturales fi-
lii ab Imperatore legitimentur, ut supra indicatum n. 281.
atque adeò hoc casu filia excludantur. Nam primò sen-
tentia nostra nititur tantum lege Iustiniani scriptâ, cui te-
naciter inhærendum: non autem iis, quæ de facto ser-
vantur. Deinde respondetur, tales legitimatos hoc qui-
dem consequi, ut Imperiali beneficio legitimi efficiantur;
& unâ cum fœminis ad successionem æqualibus partibus
admittantur: non verò ut eas penitus excludant. Ex re-
gulâ namque generali rescriptum Principis ita accipien-
dum est, ut aliis non præjudicet. l. 2. ff. de fluminib. ne
quid in flum. &c. l. 2. & l. rescripta. 7. C. de precib. Impe-
ratori offerend. Atque ita sentiunt Antonius de Butrio in c.
tanta. 6. &c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legiti-
mi. num. 16. Socinus senior. in d. l. Gallus. 29. §. & quid si
tantum. n. 27. ff. de liber. & posthum. & cons. 346. lib. 2. Cur-
tius senior cons. 13. & cons. 16. & cons. 35. & cons. 74. Angel.
consil. 76. Ludovicus Bologninus cons. 58. Cephalus cons. 78.
lib. 1. Prosper Pasethus cons. 71. Guido Pancirolus cons. 59. n.
68. Ludovicus de Molina lib. 3. de Hispan. primogeniis. c. 2.
num. 7. & cap. 5. num. 75. Grassus tit. de success. ab inte-
stato. q. 19. n. 12. Portius Imolensis cons. 106. num. 89. Al-
banus in lucubrationib. ad Bartol. in d. l. Gallus. 29. §.
& quid, si tantum. num. 22. ff. de liber. & posth. Tiraguell.
ad l. si unquam. in verb. suscepit liberos. num. 98. C. de re-
voc. donat. Guilielmus Benedictus in c. Raynuius. 16. in
verb. duas habent uxores. num. 148. ext. de testament. Rui-
nus cons. 84. num. 3. lib. 3. Molinaus in consuetud. Pari-
sienf. rubr. 1. §. 8. gl. 1. num. 50. Mynfinger. cent. 3. obs.
26. circa. finem. Gaul. lib. 2. obs. 140. num. 6. Borcholt. in
tractat. de gradib. tit. de success. liber. per rescript. princ.
legitimator. pag. 205. Doctor Marta tom. 4. digestorum
novissimorum. tit. legitimatus. cap. 3. fol. 83. Forster. lib. 6.
de successionib. cap. 37. num. 35. Andr. Gerhardi decad. 11.
q. 4. circa fin. Fachinaus lib. 6. controversiar. jwr. cap. 1.
Rittershus. in d. exposit. Novell. Iustin. part. 7. cap. 6. num.
9. & Keller. d. tract. de jure succed. ab intest. tit. 7. num.
20. alique ab illis recensiti.
Quæri & illud non inconvenienter hîc poterit: ecquid,
ut liberi naturales, ex concubinâ progeniti; ita & spurii
& ceteri, ex illicitis atque prohibitis conjunctionibus or-
ti (de quorum successione inferius num. 337. & seqq. agetur)
rescripto Principis legitimari valeant? Franciscus Accur-
sus sanè in d. Novell. 89. cap. ult. in verb. participium &
in l. 1. verb. rescripti (ubi & Gothofredus) C. de naturalib.
liberis. & auth. ex complexu in verb. indigni. C. de intest.
& inutilib. nupt. arbitratur, quòd beneficium legitimatio-
nis per rescriptum ad spurios non pertineat: addit tamen
ibidem, si dicat Princeps in rescripto suo, quòd jubeat eos
esse legitimos non obstantè aliquâ lege, legitimatorem

valere, arg. l. quæris. 3. ff. de natalib. restituend. l. Princeps.
 31. ge legib. l. adoptio. 38. ff. de adoptionib. l. qui in provin-
 cia. 57. ff. de rit. nupt. & d. c. per venerabilem. 13. ext. qui
 filii sint legitimi. Et hanc spuriorum legitimatorem Do-
 ctiores propriè dispensationem appellant, Forsterus lib.
 6. de successionibus. cap. 35. num. 16. & seqq. alique ab eo
 memorati.

Verum cum per istam spuriorum legitimatorem non
 solum occasio præbeatur peccandi per illicitam Venerem,
 & frequentiores prohibitos concubitus: & lex divina etiam
 spurios planè detestetur, Deuteronom. 2. vers. 2. ibique
 D. Andreas Osiander in suis Notis: nec non ipse Iustinia-
 nus Imp. satis disertè caveat in Novell. 18. cap. 5. vers. si
 autem concupiscentia, &c. & id d. Novell. 89. c. ult. ne le-
 gitimationis beneficium spurii proficiat: idcirco verisimi-
 le est, Imperatorem parè hoc beneficium in spurios col-
 laturum. Ideoque parentes non temerè pro legitimandis
 suis spurii preces Principi offerre debent; ne fortassis cum
 Faustina audire necesse habeant à Principe illud: impro-
 bum est desiderium tuum, l. accusationis. 10. C. de his,
 qua vis, metusne caus. gesta sunt. vel cum Alexandro:
 juris ordinem converti postulas, l. 2. C. de jurisdict. vel
 cum Victorino: jampridem vetitum est, quod petis, l.
 mortuorum. 12. C. de religiof. & sumpt. funer. vel denique
 cum Charidemp: contra juris formam evidenter postulas,
 l. non adversus. 15. C. si certum petatur. D. Bocerus in tra-
 ctat. de Regalib. c. 2. n. 108. p. 109. & seq. Unde non in-
 eptè quidam Interpretes simpliciter concludunt: quòd spu-
 rii & reliqui, ex illicitis conjunctionibus procreati, non
 legitimentur: nisi statuto vel consuetudine aliud sit intro-
 ductum: Anton. de Rosell. in tract. de legitimat. lib. 1. tit.
 de causa materiali legitimatorem. num. 10. & lib. 2. tit.
 de legitimatis Principum clementiâ. num. 38. Vultejus lib.
 1. jurispru. Rom. c. 23. n. 1. & Roberus Disp. 3. ad instit. thes.
 1. ad lit. b. Porro de istis, & aliis quæstionibus, quæ hîc
 moveri possent, videantur D. Besoldus in delibatis jur. ex
 lib. 1. Pandectar. num. 32. pag. 112. & aliquot seqq. item-
 que volum. 4. consil. 193. fol. 283. cum seqq. & Antonius
 Quetta consil. 65. 66. 67. 68. & 70.

Disputari quoq; de eo solet: sitnè concubinatus hoc no-
 stro seculo illicita conjunctio, ita ut liberi ex eâ prognati
 spurii connumerari jure debeant, & consequenter legi-
 timationis beneficio regulariter non gaudeant? Et quam-
 vis illegitimam hodie concubinatum esse conjunctionem,
 manifestissimè appareat ex quadam constitutione Imp. Con-
 stantini Porphyrogeneta apud Harmenopolum lib. 4. tit. 7.
 cap. de concubin. & Imp. Leonis Novell. 91. itemque ex can.
 concubina 5. caus. 35. quæst. 2. & similibus: proindeque di-
 cendum videatur, liberos ex concubinâ progenitos hodie
 spurios esse, atque adeò neque patri suo ullâ ratione suc-
 cedere, neque legitimatorem beneficio frui posse: quod
 placuit Cujacio lib. 5. observat. cap. 6. in fin. & ad l. cum
 tabulis. 16. §. 1. ff. de his, qua ut indig. auferuntur. attra-
 men cum nullâ lege novâ illi ab omni patris substantiâ o-
 mni casu nominatim arceantur, aut beneficio legitimatio-
 nis exuantur: idcirco etiamnum jura, ex legislatione Iusti-
 nianæâ competentia, ad eos pertinere intelliguntur.
 Non enim ut novo jure concubinatus vetitus est: ita eo-
 dem jure liberi ex eo nati à patris substantiâ omni casu
 repelluntur, vel legitimatorem beneficio privantur. Id-
 eoque Iustinianæum illud successionis & legitimatorem
 jus in liberis istis salvum mansisse statuendum erit, argum.
 l. penultim. ibi, neque enim sicut illud receptum est: ita hoc
 quoque receptum. ff. de rebus credit. & l. precipimus. 32. §.
 ultim. ibi. quicquid hac lege specialiter non videtur expres-
 sum, id veterum legum constitutionumque regulis omnes
 relictum intelligant. C. de appellationibus. Sic licet adul-
 terii pœna antiquitus non fuerit ultimum supplicium, sed
 vel deportatio, juxta Iulium Clarum lib. 5. sentent. §. ad-
 ulterium. num. 7. & alios ab eo allegatos; vel relegatio, se-
 cundum Cujac. libr. 6. observat. cap. 11. & lib. 20. cap. 18.
 Menochium de arbitrar. judic. lib. 2. centur. 5. cas. 419.
 num. 27. & 31. cum seqq. & Wesenbec. in paratit. ff. ad leg.
 Jul. de adulter. num. 19. ac ea propter de adulterio trans-
 igi non potuerit, per regulam in l. transigere. 18. C. de
 transactionibus, postea tamen quamvis constitutio nova
 adulte-

adulterium gladio puniri iusserit, *l. quamvis. 30. in fin. C. ad leg. jul. de adulter.* nihilo tamen minùs jus vetus, quoad transactionem, illibatum intactumque remansit, *d. l. transigere. 18. C. de transactionibus. D. Bocer. in tractat. de regal. cap. 2. num. 110.* Porro an & quatenus concubinatus tum jure civili, tum canonico sit permissus, accuratè explicant Bachovius in suis notis ad volum. 2. Trentleri, disputat. 16. th. 3. lit. A. pag. 1018. cum seq. & ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 25. pag. 220. & seqq. Deque eo nonnihil dictum est ad §. 3. num. 7. supr. de justit. & jur. & §. 1. supr. de patr. potest. num. 34. & seqq.

314 Sanè liberi naturales non solum per subsequens matrimonium, per oblationem curiæ, & rescriptum Principis legitimantur, §. *sui autem. 2. vers. quibus connumerari. infr. hoc tit. nostro. §. ult. f. de nupt. l. cum quis 10. & l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Nov. 74. c. 1. Novell. 89. c. 2. 8. & 9.* verum etiam appellatione sive nominatione suorum legitimi efficiuntur: adeoque cum naturalibus & legitimis liberis succedunt, non secus, ac si & ipsi ex legitimo matrimonio nati essent. Ex patris etenim assertione, de quâ ritè constat, matrimonium retrò contractum fuisse præsumitur, nec ad nuptiarum fidem alia probatio requiritur, *Novell. 117. cap. 2.* Quinimò si pater plures habens filios naturales, unicum ex iis suum nominaverit: hæc nominatio in testamento, vel instrumento publico facta, omnibus ex iisdem parentibus natis liberis prodest. Omnes quippe justî & legitimi reputantur, tanquam legitimum matrimonium præcessisse, probatum esset, *d. Novell. 117. cap. 2. in fin. ibique Cuiac. Iohan. Faber. in Breviario Codic. ad libr. 10. n. 3. C. de naturalib. liber. Balduin. Hortens. Vult. num. 8. ad §. ult. supr. de nupt. & libr. 1. Iurisprud. Rom. cap. 23. num. 9. Rittershus. in exposit. Novellar. part. 4. cap. 12. num. 11. & Borcholt. in tractat. de gradib. titul. de success. liberor. qui per appellationem suorum legitimati sunt. pag. 207.* A quibus recedere videntur Giphanius ad *d. §. ultim. supr. tit. de nupt.* & Anton. Faber in *Iurisprud. Papin. de tit. de nupt. princip. 2. illat. 1. statuentes*: nominationem non esse modum legitimandi specialem liberorum naturalium, sed potiùs justarum nuptiarum, & quæ ex iis est, legitimæ nativitatis probationem. His novissimè ad stipulatur Ungepaur. exercit. *Iustin. 9. quest. 5. pag. 358. edit. ult.* Vide de isthoc legitimandi modo fusiùs dissertantem Balthasarem Tomatium tract. 1 tit. 9. cap. 6. num. 233. cum seqq. fol. 39. & subseq.

315 Porro filios naturales, etiam legitimatos, ad feudi successionem non admitti, certi juris esse videtur, *cap. 1. §. naturales. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vas. titul. 26. lib. 2. feudor.* Sed difficillima, & hæctenus nondum satis expedita quæstio, à feudalium placitorum Interpretibus moveri solet: Num naturales filii, per subsequens matrimonium legitimati, ut in alodiis, ita & in feudis, æquè ac legitimè nati, succedant? Affirmativam sententiam conspirantibus votis tumentur Andreas de Isernia, Iacobus de Belviso, Bald. Præposit. Matth. de Afflict. Frideric. Schenck. Landens. Alvarott. & alii in *d. §. naturales. Iason in l. generaliter. 6. §. cum autem. num. 10. C. de institutionib. & substitut. & conf. 168. num. 6. volum. 4. Hostiens. Ioan. Andr. & Anton. de Butr. in cap. lator. 5. ext. qui filii sint legitimi. Ripa in l. si unquam. 8. num. 88. C. de revocand. donat. & in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus. 4. num. 84. ff. ad Senatusc. Trebell. Marfil. sing. 542. Dec. consil. 155. num. 4. Ruin. censil. 211. volum. 1. & consil. 92. num. 4. volum. 3. Paris. consil. 13. num. 44. & consil. 15. num. 8. volum. 2. Curt. jun. consil. 52. num. 2. & consil. 64. num. 11. & consil. 136. num. 1. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5. num. 21. Iul. Clar. lib. 4. sent. §. feudum. quest. 82. num. 4. Zasius in Epitom. feud. part. 8. circa fin. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 48. Rosenthal. in tract. feud. cap. 7. conclus. 18. num. 1. & 2. Villalob. in thesaur. commun. opin. lit. L. num. 73. Andreas Gail. lib. 2. observat. 141. num. 2. Soarez. in thes. recept. sent. lit. L. num. 125. Francisc. Virvius lit. F. verb. filius familias. vers. filii nati ex legitimo, &c. Olemann. ad libr. 3. Disputat. juris civil. Giphani. Disput. 23. num. 9. pag. 7. Roberus Disputat. 3. thes. 4. Heigius hic cap. 5. num. 158. D. Bocer. in tractat. de jure succe-*

dendi in feudum. cap. 3. quest. 2. Adam Keller. in tractat. de jure succed. ab intest. cap. 30. num. 13. Valentin. Arithmaus in periculis secund. Disputat. 6. th. 2. pagin. 113. Ioan. Georg. Majer. in Synopsi Iurisprud. Beneficiaria. sect. 3. cap. 9. num. 43. Kubach. cent. 3. quest. illustr. politico-juridic. decur. 1. quest. 10. pag. 641. cum seqq. Ungepaur. exercit. *Iustin. 9. quest. 5. pag. 859. cum seq. edit. ultim. & Andr. Gerhardi Exercitat. Iustin. Decad. 11. in coronid.* Atque secundum hanc communem sententiam quotidie praticari, eamque confirmari sententiis judicum, attestantur Schurffius cent. 1. consil. 1. num. 16. & Wesenbecius de feud. cap. 6. num. 9. Eaque in Camera Imperiali unanimi Assessorum suffragio recepta est, testimonium eâ de re perhibente Mynsinger, centur. 5. observat. 42. Imò etiam in Consistoriis Ducum Saxonie eandem observari, scribunt Schneidevvinus in tractat. de feud. part. 6. numero 13. & Hartmannus Pistoris liber. 2. quest. 41. num. 35.

Econtrà verò sunt quidam recentiorum, qui distinguendum putant inter veritatem practicam & theoreticam, dicuntque, sententiam affirmatam, cum in praxi communiter sit recepta, veritati practicæ esse consentaneam; theoreticæ autem dissentaneam, ob expressum, generalem, & indistinctè (uti opinantur) loquentem textum feudalem, in *d. §. naturales. tit. si de feudo defuncti contentio sit. int. dom. & agnat. vasall. Vultejus lib. 1. de feud. c. 9. num. 94. pag. 540. Sonsbecc. in Commentar. ad usus feudor. part. 9. num. 72. Hotomanus ad d. §. naturales. &c. & consil. 10. volum. 1. Rittershus. lib. 1. partition. feud. cap. 13. num. 3. Niellius Disput. feud. 5. thes. 7. sub lit. D. Gothofred. Anton. Disput. feud. 5. thes. 6. ad lit. c. vers. quid, si per subsequens matrimonium, &c. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 1. quest. 11. pagin. 731. cum seqq. Bachovius ad volum. 1. Trentleri disputat. 2. thes. 6. lit. f. pag. 62. & Anton. Bullaus discurs. 1. de tribus. generalib. præcept. jur. conclus. 2. pag. 34.* Quorum opinatio in Scholis plerisque hodie adeò recepta est: ut affirmativæ conclusioni in collationibus tum publicis, tum privatis, facile quispiam non subscribat. Verum licet præallegatus §. *naturales.* communi traditioni expressis verbis refragari videatur: mihi tamen (cum ea tot Cameræ Imperialis & aliorum Iudiciorum præjudiciis sit confirmata, nec non ipsi quoque neoterici contrariæ opinionis patroni nonnulli ab eadem respondendo & judicando non recedendum esse, suadeant; ac jura nostra, non tam verba legum, quàm vim & potestatem earum attendi debere, jubent, *l. scire leges. 17. ff. de legib. l. non dubium. 5. in princ. C. eod. l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. sign. c. intelligentia. 6. ext. eod. tit. can. Marcion. 63. caus. 1. quest. 1.*) mihi, inquam, vitio nemo vertet, si dicti §. *naturales.* non verba, sed vim potiùs & mentem ejus, aliasque rationes mox proponendas pensiculatè considerans statuero: affirmativam sententiam, uti in praxi veram, ita & in theoriâ esse verissimam. Et sanè jure feudorum disertè cautum est; quotiescunque casus aliquis feudorum placitis non sit expressè decifus, ex jure communi ejus decifionem petendam esse, *titul. in fine principii, lib. 2. F. ubi Feudista, Sirenuus, ait, legisperitus, sicubi casus emerferit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumniâ uti poterit lege scriptâ.* Cum ergo feudorum jure non sit uspiam clarè dispositum, an liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedant: ex jure communi dicendum est, hos etiam ad feudi successionem esse admittendos, *Novell. 12. c. ult. Novell. 12. 89. cap. 8. & c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.*

Nec huic obest quicquam, quòd in *d. §. naturales.* liberi naturales, licet postea fiant legitimi, ad feudi successionem admitti, generaliter negantur. Feudista enim illic quæstionem hanc utramque proponit ac decedit: an naturales filii in feudum succedant? an item in feudum succedant filii legitimati? Huic autem quæstioni tunc solummodo locus est, quando successionis casus contingit; hoc est, cum moritur vasallus, de cujus successione agitur, *tit. 8. in princip. ibi, si quis igitur decesserit. libr. 1. feudor. & tit. 11. in princip. ibi, mortuo enim eo, &c. libr. 2. F.* Eo siquidem tempore de successionis jure primum rectè

- quæritur, non antea: cum impium sit, de viventis hereditate sollicitum esse: & eo maxime tempore jus heredis inspiciendum sit, quo hereditatem acquirit, *l. si alienum. 49. §. 1. vers. nam jus heredis. ff. de hereditibus instituend.*
- 320 Proinde textus in *sapè allegato §. naturales.* intelligendus est de casu, quo pater vasallus decessit, & jam locus est successioni in feudum: id quod arguit etiam ibidem verbum præsentis temporis, *admittuntur.* Si Feudista ibi loqueretur de futura in feudum successione, adeoque de tempore, quo vasallus pater adhuc superstes est: uteretur certe verbo futuri temporis, *admittentur.* Quia vero eo in loco Feudista agit de feudo jam delato, & de præsentis in feudum successione: exaudiendus quoque est de filii legitimatione, post delatam feudi successionem facta. Unde cautè addit hæc verba: *licet postea fiant legitimi:* id est, licet fiant legitimi, postea quam casus extitit, quo successioni in feudum locus est, puta post obitum patris vasalli. Cæterum cum mortuus pater vasallus ducere amplius uxorem concubinam suam, matrem liberorum naturalium, sicque eos per subsequens matrimonium legitimare nequeat: omnino consequens est; textum *dicti §. naturales.* non de naturalibus filiis, per subsequens matrimonium legitimatis, sed de ejusmodi filiis, alio modo post mortem patris sui vasalli legitimatis, esse accipiendum. Quam interpretationem suadent & confirmant non parum illa verba; *fiant legitimi:*
- 321 Fieri namque legitimi dicuntur, qui per rescriptum Principis, aut Pontificis Rom. (liquidem & hunc jus legitimandi liberos naturales sibi arrogare, patet *ex c. per venerabilem. 13. ext. qui filii sint legitimi. §. largo stylo, post alios, docet Forster. lib. 6. de successione. cap. 34. §. D. Bocer. in tr. et. de Regalib. c. 2. num. 100. §. seqq.*) legitimantur: quia singulari illo legitimationis actu id saltem agitur, ut immediatè naturales legitimi fiant. Qui autem per subsequens legitimantur matrimonium, illi non legitimi fiunt: sed ipso jure legitimi, ex alio quodam actu, nimirum contractu matrimonii, existunt, *d. Novell. 12. cap. 4. circa fin. ibi, proprii existentes atque legitimi. §. d. Nov. 89. cap. 8. ibi, legitimos ei esse sancimus. §. ibi, nihilominus prior soboles legitima consistit. cap. 1. ibi, eam legitimam judicetis, §. d. c. tanta. 6. ibi, legitimi habeantur. ext. qui filii sint legitimi.* Quibus ex locis cernere promptum est; quod sicuti legitime nati, ita & naturales liberi vi solius matrimonii per se existant legitimi, non quodam hominis facto: quod tamen causa est legitimationis eorum, qui per rescriptum, vel oblationem curiæ legitimantur. Quamobrem necesse est, ut textus in *d. §. naturales.* non de legitimatis per subsequens matrimonium, sed de aliis legitimatis, puta per aliquod rescriptum, aut per oblationem curiæ, intelligatur; quemadmodum etiam illum novissime exaudit D. Bocerus *d. tractat. de regalib. c. 2. num. 35. §. alibi.*
- 322 Non evertit hanc interpretationem, quod in textu illo hæc verba ponantur, *nec soli, nec cum aliis:* & quod per rescriptum, aut mortuo patre per curiæ oblationem legitimatio fieri nequeat, existente legitimâ sobole, *d. Novell. 89. cap. 2. §. 1. §. c. 9.* Istæ enim verba ad præcedentem dictionem, *naturales,* commodè referri possunt, & debent. Naturales quippe filii non succedunt in feudo, non solum cum alii legitimi filii adsint, sed & cum desint illi, sicque naturales soli sint: tamen si in allodiis communi jure in duas uncias liberi naturales succedant, sine legitimâ prole patre defuncto, *Novell. 18. cap. 5. §. d. Nov. 89. cap. 12. §. uberius explicatum supra num. 264. ad quod jus Feudista in d. §. naturales. verisimiliter respexit.*
- 323 Præterea receptam, cui favemus, assertionem juvat & hæc ratiocinatio: Conditores juris feudistici proculdubio exploratum perspectumque habuerunt, quid legibus Romanis dispositum fuerit de successione liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, ut liquet ex dicto titulo 1. *ibi, a iâ dirimuntur jure Romano. §. ibi, legum autem Romanorum. item ibi, uti poterit lege scriptâ. libro 2. feudorum.* Si ergo ab hac communi legislatione de liberorum, per subsequens matrimonium legitimatorum, successione conditores placitorum feudalium abhorruissent: utique nominatim ac disertè id alicubi testati fuissent: at-

que ita hisce liberis aditum ad feudorum successionem expressè præclusissent. Atqui vero nusquam hos liberos aditu ad feudorum successionem expressè prohibuerunt. Itaque planè verosimile est, quod ii, dispositionem juris communis secuti, etiam liberos, per matrimonium subsequens legitimatos, ad feudi successionem admiserint.

Adhæc, post feudorum jura prodierunt in usum jura canonica: id quod vel inde manifestum fit, quod libro tertio decretalium integer titulus *de feudis, videlicet 20.* est insertus. Cum ergo jus canonicum legitimatos per subsequens matrimonium liberos, in omnibus & per omnia compararet liberis legitime natis: iisque non minus, ac si ab initio legitimi fuissent, generaliter, nullaue adhibitâ distinctione inter res proprias & feudales, successionem deferat, *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.* certè ex dispositione quoque juris canonici liberi, per subsequens matrimonium legitimati, in feudum succedunt. Idque ex eo etiam probabile redditur; quod licet idem jus canonicum requirat, ut Episcopus eligatur, qui ex legitimo matrimonio est natus, *cap. cum in cunctis. 7. ext. de electione:* nihilominus tamen permittit, ut Episcopus, qui per subsequens matrimonium est legitimatus, eligi possit, *c. innotuit. 20. ubi gloss. super verb. conjugata. ext. eod. tit.*

Insuper in dubio juris sermone eam admittere interpretationem jubemur, quæ minimum iniquitatis habet, *l. quotiens nihil. 200. ff. R. l. placuit. 8. C. de judiciis. & quæ benignior est, vitioque caret. l. benignius. 18. §. l. in ambigua. 19. ff. de ll. §. l. semper in dubiis. 56. ff. de R. l. Cum ergo in tit. 8. in princip. lib. 1. feudor. §. tit. 11. in pr. lib. 2. feud. filiis tribuatur jus succedendi in feudum: & dubium sit, an textus illi per filios intelligant etiam filios, per subsequens matrimonium legitimatos: benignius autem sit & æquius, ut interpretemur eos textus etiam de filiis hoc modo legitimatis; maxime cum jus feudale ex jure communi interpretationem capiat, *per dictum tit. 1. libro 2. feudorum.* quod commune jus hos legitimatos liberos legitime natis liberis plenissimè comparat, ut *supr. ostensum est:* hanc perfectò interpretationem recipere amplectique debemus.*

Denique huc & illa ratio confert, quod statutum loquens de legitime natis, complectatur etiam per subsequens matrimonium legitimatos, ut sensit Antonius de Butrio in *cap. per venerabilem. 3. colum. 18. vers. quod si dixerit. extr. qui si sint legitimi. §. in dict. cap. innotuit. 20. ubi etiam Ioannes de Imola. extr. de elect. Ioan. Crotus in leg. Gallus. 29. §. §. quid si tantum. num. 169. ff. de liber. §. posthum. hereditibus instituit. Castrens. in l. fin. Cod. de his, qui ven. atat. impetrarunt. Campeg. in tractat. de note. in 1. parte 3. partis princip. quest. 9. Decius in dict. c. cum in cunctis. 7. num. 29. extr. de electione §. consil. 155. Parisius consil. 13. num. 40. vol. 2. hosque referens Forsterus libro 6. de successione. cap. 29. num. 4.* Ergo & jus feudale, de legitime natis liberis verba faciens, liberos quoque subsequenti matrimonio legitimatos comprehendit. Istas similesque rationes pro affirmatâ sententiâ nostrâ annotavit etiam D. Bocerus *cl. 5. disput. 18. thes. 7. ad lit. d. edit. 2. §. tract. de jure succed. in feud. cap. 3. quest. 2.*

Nullum negatæ, eique contrariæ conclusioni firmamentum adfert textus in multis citato *tit. 26. §. naturales libro 2. feudorum.* ubi Jurisconsultus Feudista satis expressè significare videtur, nec per subsequens matrimonium legitimatos feudi capaces esse. Generaliter enim loquitur de filiis naturalibus, qui postea facti sunt legitimi: ita ut textus ille restringi posse non putetur tantum ad naturales filios, qui per rescriptum aliquod, aut per oblationem curiæ sunt legitimi facti. Siquidem posito seu negato genere, omnes ejus species positæ live negatæ intelliguntur, *arg. l. ult. in princ. vers. cum enim jam constituimus. Cod. de usur. rei judicat.* Nullum, inquam, negatæ conclusioni adfert firmamentum dictus *§. naturales.* Nam is exaudiri non potest de liberis, per subsequens matrimonium legitimatis: sed est tantum accipiendus de liberis, post delatam feudi successionem alio modo legitimatis, ut *suprà dilucidâ expositione demonstratum est.* Quin & cum Logicis dici poterit: genere indefinitè posito, non quamvis poni speciem. At indefinitè tantum, & non universaliter, de legitimatis in præallegato *§. naturales.* dicitur, quod in feudis non succedant. Et ut maxime ita esset: dici tamen posset, in jure nostro non novum aut infrequens esse, ut genus ad

ad certam speciem restringatur. *l. in toto 80. ff. de reg. jur.* Rectè igitur iste §. accipitur de legitimatis per rescriptum Principis, vel oblationem Curiae: maximè cum natura non patiatur, illum de legitimatis per matrimonium intelligi. Et quanquam dicti §. *naturales*. verba ita essent generalia, ut benè etiam de legitimatis per subsequens matrimonium intelligi possent: adhuc tamen non ineptè responderetur, excipi legitimatos per subsequens matrimonium: eò quòd in omnibus pro legitimè natis habeantur: ac in eis nulla ampliùs macula superfit. *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* & in jure nostro fingantur, quasi in matrimonio nati fuerint. *d. Nov. 89. c. 8. & 9.* Nec oberit, si ulterius quispiam instet: eos tamen non esse legitimè natos. Investituram verò (putà si ejus tenor ita habeat: *Hoc vasstrum tibi tuusq. heredibus, ex te legitimè descendens, concedimus: wir wollen dir/und allen deinen Leibs-Erben solch Schloß leihen/ &c.*) requirere legitimè natos. Respondetur enim: eos quidem non esse legitimè natos naturaliter, sed bene civiliter. Jus quippe civile (ut & canonicum) in tantum favet legitimatis per subsequens matrimonium, ut nullam inter hos, & ex justis nuptiis natos, differentiam agnoscat, illosque legitimè natos esseingat. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Fictio autem in jure veritati æquiparatur. *l. si is, qui. 15. circa princip. ff. de usurpat. & usucap. Fachin. lib. 12. controvers. 7. Kubach. d. centur. 3. decur. 1. quest. 10.*

330 Deinde nihil patrocinator opinioni contrariæ: quòd legitimatio, per subsequens matrimonium facta, patris legitimantis quædam ordinatio censeatur. Nulla autem patris vasalli ordinatio in feudis valeat. *tit. 8. in fine princip. libr. 1. feudor.* Proindeque nec legitimatio, per subsequens matrimonium facta, jus succedendi in feudum filiis legitimatis tribuat. Quando enim pater vasallus naturalem suum filium per subsequens matrimonium legitimat: per se & directò nihil omninò de feudi successionem ordinat. Filius namque eo modo legitimatus non directò ex ipsa legitimatione, sicque facto patris feudum acquirit: sed ex juris dispositione matrimonium subsequens naturalem filium efficit legitimum. Contracti quippe matrimonii ea vis est; ut, qui antè naturaliter sunt geniti, postea legitimi habeantur; adeò, ut & parenti succedere queant. *d. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi.*

Rursus adversariæ sententiæ suffragatores nihil relevat: quòd successio feudalis inter agnatos duntaxat, hoc est, ex masculo primo acquirente descendentes locum habeat. *tit. 11. & tit. 50. libr. 2. feudor.* Legitimatio verò plenum jus agnationis non inducat: cum legitimatus in allodio soli patri, non etiam agnatis succedat, *Novell. 89. cap. 4.* Quandoquidem hæc *Novell. dict. cap. 4.* agit tantummodò de legitimatione, quæ fit per oblationem curiæ, non de eâ, quæ fit per subsequens matrimonium. Illa non confert plenum jus agnationis; sed hoc tantum efficit, quòd legitimatus soli genitori suo, non item ejus agnatis & cognatis, succedere possit: hæc verò per subsequens matrimonium legitimatio plenum jus agnationis legitimato tribuit: ex quo non modò patri, sed & agnatis & cognatis patris succedere potest. *dict. c. tanta. 6. extr. qui filii sint legitimi & Novell. 12. circa finem.*

332 Similiter adversariorum opinionem parum munit hæc argumentatio: Naturalis filius, subsequenti matrimonio legitimatus, dedecori foret & domino feudi, & paribus curiæ: siquidem ejus opinio apud bonos & graves viros sit prægavata. Item domino redditum feudi impediret: & spem succedendi agnatis vasalli legitimantis adimeret, si in feudum jure patri succederet. Ergò filius, etiam isto modo legitimatus, non immeritò patri in feudum succedere negatur. Parum, inquam, adversariorum opinionem munit hæc argumentatio. Quoniam antecedens pars prima, ejusque ratio prorsus neganda est. Filius etenim naturalis, etiam ante legitimationem, integræ famæ & existimationis censetur: proindeque ad omnes honores admitti jubetur. *l. 2. §. nullum. 7. l. 2. §. spurios. 2. & l. spurii. 6. in princ. ff. de decurionibus. cap. nisi cum pridem. 10. §. persona verò extr. de renunciatione.*

can. 1. distinct. 56. Gabriel Paleottus in tractat. de nobis spurisq. cap. 55. Thomingius in decisionibus questionum illustr. decis. 48. Hartmann. Pistoris libro 1. question. jur. quest. 30. aliique plures, à nobis pro hac sententiâ relati in §. injuria autem. 1. infr. de injuriis. num. 237. & seq. Ac licet semper in legitimato cicatrix quædam remanere videatur: tamen sciendum est, naturaliter duntaxat quædam cicatricem subesse: illam verò jura nostra non agnoscere: ut quæ ita habent subsequenti matrimonio legitimatum, ac si ex justis nuptiis procreatus esset. *d. Nov. 89. cap. 8. d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Cæterum ex alterâ antecedentis parte haud rectè concluditur: filium per subsequens matrimonium legitimatum in feudum non succedere: quippe cum & filii legitimè nati faciant, quòd minùs feudum maturius vel ad dominum redeat, vel ad agnatos transeat: & tamen propterea à feudi successionem non excluduntur. Sed & hæc legitimatio non penitus spem succedendi agnatis adimit: verum in tempus solummodò jus illud succedendi differt & prorogat.

Pari modo neganti assertioni nihil opitulatur & illud: quòd vasallus invitis agnatis feudum alienare nequit. *tit. 39. in princip. libr. 2. feudor.* Sed filium naturalem legitimando, vasallus invitis agnatis feudum alienaret, si legitimatus etiam per subsequens matrimonium, in feudum succederet: siquidem ipse legitimatus non suæ nativitatis, sed legitimationis beneficio, atque ita facto patris jus succedendi acquireret. Nihil, inquam, illud assertioni neganti opitulatur. Quia non factum patris, legitimantis naturalem filium, sed juris auctoritas filio legitimato jus succedendi in feudum tribuit. Ipsum sanè patris factum est medium aliquod, quo filius naturalis efficitur legitimus, posteaquam autem filius ita legitimus est factus, tribuit ei legis auctoritas jus succedendi. Quòd enim patri proles ipsius ab intestato succedit: non patris, sed legis beneficium judicatur.

Hoc ampliùs pro traditione contrariâ non militat: quòd bona feudalia necessariæ restitutioni subiaceant, *uti arguit textus in tit. 3. §. sed etiam res. vers. ut ecce. & tit. 26. §. Titius filios. & tit. 39. in princip. libro 2. feudor.* Ea autem, quæ restitutioni subjacent, ad alium quocunque alienationis titulo transferri non possint. *l. ult. §. sed quia nostra. 2. junctâ Auth. res. quæ subjacent. C. communia de legat.* Nihil enim de alienando feudo agitur in ipso matrimonii contractu: sed is solius matrimonii contracti effectus est, quòd per illud filii legitimati in feudum succedant.

Tandem contrariæ sententiæ non succurrit in auxilium hæc ratio: quòd lex duo comprehendens subiecta determinabilia sub unâ determinatione, utrumque illud subiectum æqualiter determinat, *argum. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. & l. quamvis. 4. C. de impuber. & aliis substitut.* Atqui lex feudalis in præallegato titulo 26. §. *naturales. libr. 2. feudor.* duo subiecta comprehendit determinabilia: unum est de liberis naturalibus; alterum de liberis legitimatis. Ergo duo ista subiecta determinabilia æqualiter determinat: proindeque ut de naturalibus filiis generaliter definit, quòd ad feudi successionem non admittantur: ita definit quoque generaliter de legitimatis filiis, & determinat sine eorum distinctione, quòd ad feudi successionem non admittantur. Nam respondetur: unam determinationem non determinare æqualiter omnia determinabilia, cum id commodè fieri non potest: vel quando diversa adest ratio determinandi, majorve favor debetur uni determinabili, quàm alteri. *Imola & Iason in dict. l. jam hoc jure. 4. ff. de vulg. & pupill. substitut. Alexander. consil. 179. libro 5. Decius in leg. in testamento. 6. num. 8. C. de testamento milit. & consil. 394. num. 3. & Ripa in leg. 1. in princ. num. 68. ff. de verborum obligat. hosque citans Menochius consil. 497. n. 6. & 7. Sed in d. §. naturales. una determinatio non solum non potest commodè determinare utrumque determinabile subiectum, ut supra evidenter probatum: verum etiam omnibus notissimum est, majorem esse favorem naturalium, qui per subsequens matrimonium fiunt legitimi, quàm qui alio modo legitimantur. prædicto cap. tanta est vis. 6. extr. qui filii sint legitimi. Et hæc de liberis naturalibus tantum, iisque legitimatis.*

DE SUCCESSIONE SPURIORUM, SEU VULGO QUÆSITORUM.

- 337 **O** Rdo instituti nostri postulat, ut & de jure succedendi spuriorum aliquid adferamus. Spurius licet in latâ & generali significatione omnes appellentur, qui illegitimè nati, & ex illicito quovis coitu suscepti sunt: propriè tamen & speciali nomine dicuntur vulgò quæsi, sive ex meretrice & vulgari muliere, quæ publicè corpus suum libidini prostituit, concepti. *l. vulgò concepti. 23. ff. de stat. hom. l. quique litigandi. 4. in f. cum l. seq. ibique Bald. ff. de in jus voc. Ludov. à Sardis in tr. de naturalib. liber. p. 2. in §. de spuriorum appellatione. num. 1. 2. & 3. Benedictus de Barziis in tract. de filiis non legitimè natis. num. 1. Ioan. Grival. in decis. Senatus Dolani 144. num. 6. fol. 407. Schneidevvin. hic sub c. de success. spur. seu vulgò quæsi. & Forster. lib. 6. de successionib. cap. 46. & paulò fusiùs exposuimus in §. si adversus. 12. num. 5. & seqq. supra de*
- 338 **nuptiis.** Spurius autem patri, & aliis per lineam paternam conjunctis, cum patrem certum non habeant, nullo modo: matri verò, quæ semper certa est, ut & ascendentibus per maternam lineam, & quidem cum liberis legitimè natis, rectè succedunt, *d. l. vulgò 23. ff. de stat. homin. d. §. si adversus. f. de nupt. l. quia semper. 5. ff. de in jus vocand. l. 2. l. si spurius. 4. l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. §. novissimè. 3. ibique Wesenbec. & reliqui Interpretes. infr. de Senatusconsulto Orfician. Schneidevvin. dict. c. de successionem spuriorum. num. 2. & 4. Covarruvias parte 2. relect. de matrimon. capite 8. §. 5. numer. 3. & seqq. Iul. Pac. in epitom. jur. Disputat. 11. thes. 7. Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de spuris. & eor. success. pag. 209. Tomasius tract. 2. cap. 21. 22. & 23. fol. 231. cum seqq. latè Forster. dict. libro 5. de successionibus. c. 47. nisi mater sit persona illustris, quæ alios liberos ex ju-*
- 339 **stis nuptiis susceptos habeat.** Spurius enim ex illustribus fœminis nati, justis liberis existentibus, neque ex testamento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vivos habitâ, aliquid ab illustribus matribus percipiunt
- 340 **si quæ illustris. §. C. ad SC. Orfic.** Cæterum, justis liberis non extantibus, matribus etiam hoc casu succedunt, sumpto argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum & frequentissimum. *l. 1. in princ. vers. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisdict. Angel. in d. §. novissimè. infr. de Senatusconsulto. Orfic.* Ratio verò, cur spurius matri illustri penitus non succedat, si legitimos habeat liberos, hæc est: quia, inquit Imperator Iustinianus, in mulieribus ingenuis & illustribus (quibus castitatis observatio præcipuum debitum est) nominari spurios, satis injuriosum, satisque acerbum, & nostris temporibus indignum esse judicamus, *dict. l. si quæ illustris. §. C. ad SC. Orfician.* Et enim majori pœnâ digni sunt illi, qui in conspicuo & eminentiori loco collocati, & quæ aliis exemplo esse debent, delinquant. *l. presbyteri. 8. ad fin. ff. de episc. & cleric. & juxta illud Juvenalis Satyra 8.*

*Omne animi vitium tantò conspectius in se
Crimen habet, quanto major, qui peccat, habetur.*

- 342 **P**orrò cum spurius illustri matri, extantibus aliis liberis justis, non succedat: ex eo consequitur, quod ad aviæ aviæque materni hereditatem similiter non admittantur, *dict. l. Modestinus. 8. ff. unde cognati. Forster. dict. libro 6. de successionibus. cap. 48. in fine.* Hic quæri poterit non inconvenienter: ecquid filia spuria dos à patre debeatur?
- 343 **Et deberi, jure canonico sustinetur.** Nam dos succedit loco alimentorum, *argum. l. 1. ff. soluto matrimon. & l. asfiduis. 12. C. qui potior. in pign. habeant. sicque dos & alimenta æquiparantur, ut innuit gl. in l. ob es alienum. 12. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Salicet. in l. qui liberos. 19. ff. de ritu nuptiar. & Alexand. de Imol. in l. cum is, 32. §. mulier. ff. de condict. indebit. imò major est ratio dotis, quàm alimentorum, tradente Cyno in l. 1. C. de alendis liber. & in l. non omni. 16. C. de administrat. tutor. & in l. fin. C. de dotis promiss. & eodem Cyno. Baldo, & Salicet. in l. neque mater. 14. C. de jure dot.*
- 344 **A**limenta autem jure canonico spuriis debentur, per textum in cap. cum haberet. 5. in fin. extr. de eo, qui duxit

in matrim. quam polluit per adulter. Jure ergo consequens est: patrem filiam spuriam loco alimentorum modicè dotare, imò ad hoc judicis officio compelli posse, uti docuerunt Panormitan. consil. 115. num. 1. in fine volum. 2. Peregrin. libro 3. de jure fisci cap. 18. num. 56. Decius consilio 611. per totum. Nicolaus Everhardus in Topic. legal. in loc. ab aliment. ad dotem. num. 4. Gail. libro 2. observation. 88. num. 7. Reusnerus lib. 2. consultation. 9. num. 17. Matthias Stephani centuria 3. questione 7. ad lit. D. Ioannes Baptista Pontanus de aliment. capite 2. num. 13. Villalob. in commun. opin. lit. F. num. 124. Bertrand. consilio 210. num. 5. parte 2. volum. 1. & consil. 230. volum. 4. Stephanus Ranchinus conclusion. 232. part. 2. Bernhardinus Bombinus consilio 15. num. 4. & hos, aliosque referens Martinus Coler. libro 1. de aliment. capite 3. num. 56. Adde Davidem Döringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. alimenta fol. 1402. & seqq.

DE SUCCESSIONE LIBERORUM, EX DAMNATO COITU NATORUM.

Postremò sunt liberi, ex damnato coitu (cui scilicet 346 jure pœna constituta est) præcreati: quales sunt liberi, ex incestu, ex adulterio, & nefariis nuptiis suscepti. Bartolus in l. fin. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. Heigius hic cap. 5. n. 147. Forster. libr. 6. de succession. b. cap. 50. num. 1. Schneidevvin. hic. in cap. de success. liberor. ex damnato coitu. nator. n. 1. Covarruv. p. 2. relect. de matrimon. cap. 8. §. 5. num. 15. & seqq. Tomasius d. tract. 2. cap. 23. num. 488. cum seqq. fol. 238. & seqq. Hi liberi neque patri, neque 347 matri, neque ascendentibus per lineam tum maternam, tum paternam, ab intestato, vel ex testamento, succedere possunt: in tantum, ut jure nostro civili ne quidem alimenta iis à parentibus debeantur. Novell. 74. cap. ult. & Nov. 89. c. ult. Auth. ex complexu ubi gl. C. de incestis & inutil. nupt. Petr. Duennas in tr. reg. jur. reg. 353. Forster. d. cap. 50. n. 1. & 2. Covarruv. d. c. 8. §. 6. num. 15. aliq. per eum allegari. Quod tamen non intelligendum est de alimentis, sine quibus ejusmodi liberi vitam amitterent. Id namque apertè esset contra jus naturale: ac proinde manifestè iniquum. Sed intelligendum est de alimentis, sine quibus, vel proprio labore ac industriâ, vel aliquâ aliâ viâ possent vitam conservare, tradente Ludovico Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disputat. 168. num. 1. & 3. Eaque de re explicatius agunt Illustris Dn. Enenkel. in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 7. cap. 3. num. 17. pag. 450. cum seqq. & Dn. Collega Besold. in Comment. ad l. 1. tit. 1. lib. 1. ff. num. 22. pag. 41. Et cum his conferantur, quæ annotavimus ad princip. tit. supr. de jur. nat. gent. & civil. n. 13. & seq. Sanè tutius & æquius & humanius est, ut dicamus: filios etiam nefarios ac incestuosos à parentibus alendos esse, non solum in terris Ecclesiæ. c. cum haberet. 5. in fine ext. de eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adult. sed etiam in terris Imperii, Trentacinq. lib. 1. resolut. 2. de nothis & spur. & resolut. 3. de aliment. n. 10. & pluribus confirmatur infrà num. 361. Pro quâ opinione hoc facit argumentum: Quoad jus naturale seu naturam, omnes homines sunt æquales. *l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.* At de jure naturali est, ut pater alat liberos, ex se natos, per d. princ. tit. supr. de jur. nat. gent. & civil. l. §. jus naturale. 3. ff. de justit. & jur. Ergo etiam incestuosos alere debet: cum & hi ex eo sint nati. Deinde jus civile, licet interdum à jure naturali recedat. *l. jus civile. 6. ff. eod.* tamen id prorsus tollere & intervertere non potest. §. sed naturalia. 11. supr. de jur. nat. gent. & civil. l. 2. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt. At verò alimenta liberis jure naturali debentur. *d. princ. Instit. de jur. nat. gent. & civil. l. final. C. de alendis liber.* Ergo prorsus ea auferri liberis, etiam incestuosis, non possunt. Quin si parentes occidere non debent ullo jure liberos incestuosos: conveniens & consequens est, quod eos alere omnino debeant. Eos quippe occidunt, si non alunt. *l. necare. 4. ff. de agnoscend. & alendis liber.* At verum prius. Ergo & posterius. Ita sentit Quirinus Kubach. cent. 2. quæstion. illust.

- illust. politico-juridicæ. decur. 4. quæst. 5. pag. 365. Adde Gregorium Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civil. cap. 32. num. 10. & Joachimum Cluten. lib. 1. diatrib. novo. Iustinian. 2. quæst. 7. Sed hîc dubitatur, si maritus ex soluta muliere prolem sustulerit; an damnatus hic quoque coitus censetur, & exinde suscepti liberi successionis incapaces existimentur? Et tamen id negare quidam, minimè verentur: eò quòd iste coitus pro adulterio non sit habendus, nec per legem exteriorem pœnâ aliquâ tali puniatur. *argum. l. 1. C. ad leg. Jul. de adulter. Paulus Castrensis. consil. 34. num. 4. volum. 2. Alexander consilio. 139. vol. 1. Cravett. consil. 166. colum. 1. & Socinus consil. 148. colum. 2. vol. 1.* attamen contrariam sententiam veritati magis consonam esse, meritò alii censent. Etsi enim illi conjunctioni adulterii pœna non est statuta: stupri tamen sufficit, ut pro damnatâ habeatur: *quemadmodum, post Angelum Aretin. in §. novissimè, num. 22. Covarruv. dict. §. 5. num. 16. aliosq., tradit Patotus in tract. de nothiis spurisq., fil. c. 42. num. 1. & seqq.* Et licet idem Palæotus *ibidem num. 4.* hætenus id procedere putet, quatenus non obscura vilisque est mulier quam maritus, præter uxorem, cognovit; utpotè cuius concubitus jure civili non punitur. *l. qua adulterium.*
34929. *Cod. ad leg. Jul. de adulter.* attamen quia jus canonicum (cui in materiâ peccati standum est, *cap. 1. ibique Dd. extr. de novi operis nuntiat.*) istiusmodi conjunctionem injustam pronunciat, *can. nemo. 32. quæstion. 4. can. non mœchaberis. can. præcepit. cum seqq. 32. quæstion. 5. can. si ducturi. & seqq. 32. quæstion. 6. Sichardus consilio criminal. 3. num. 4. & seqq.* vix est, ut mediâ isthæc opinio sustineri possit: præsertim cum non solum ex hujus Ducatus Württembergici, sed & aliarum provinciarum constitutionibus & moribus, talis concubitus, cum solutâ etiam muliere factus, damnetur, acriterque coerceatur, attestante Heigio *hic d. c. §. n. 149.*
- 350 Cæterum, utrùm liberi ex damnatis complexibus progeniti, sicut ascendentibus non succedunt; ita etiam à successionem transversalium, & contra, transversales ab eorum successionem excludantur, non usque adeò expeditum est: Et omninò (*rejeclâ Petruti Perusini & Cornet in l. si qua illustis. §. C. ad Senatusconsultum Orfican. Curtii Junioris consil. 123. aliorumque erroneâ opinione*) excludi, responderunt *Alexander consil. 174. libr. 5. Decius consil. 311. Johannes de Anania consil. 94. Forsterus dict. lib. 6. de success. cap. 50. conclus. §. num. 12. & aliquot seqq. hosq., secutus Fachineus libro 6. controvers. jur. cap. 10. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 8. & Paulus Berens disp. 8. ad Institut. them. 1. quæst. 9. commoti sequentib. præcipuè argumentis.*
- 351 I. Sublato fundamento, ut corruat ædificium necesse est. *l. egi. 26. ff. de except. rei judic. l. nam. origo. 8. ff. quod vi aut clam. can. cum Paulus. 1. q. 1.* Natus autem ex damnato coitu, filius nominandus non est, nec respectu patris, nec matris. *d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. argumento l. final. C. de indictâ viduit. tollend.* Ergo similiter nec frater, nec patruus invenietur. Quamvis enim natura hosce natos ex complexu nefario, filios esse dicet, & pro filiis agnoscat: quoad legis tamen dispositionem, prorsus pro incognitis habentur & reputantur. *d.*
- 352 *Novell. 74. cap. ult. & dict. Novell. 89. cap. ult. II.* Successio defertur ordine successivo, *argum. l. 1. §. qui semel. ff. de successor. edicto.* Ast hic deest initium successionis: quia matri non succedunt. Multò igitur minùs collateralibus, quibus per matrem junguntur, succedent. *argum. Auth.*
- 353 multò magis. *Cod. de SS. Eccles. III.* Sine lege loqui erubescimus. *Novell. 18. cap. 5.* Nullâ autem lege successio inter liberos, ex damnato coitu susceptos, ac parentes, & etiam collaterales permittitur. *dict. Novell. 89. c. ult. cum juris similibus præallegatis.* Cum ergò nec civili, nec prætorio, nec alio jure illis communicata sit successio: quo jure quis dixerit, illos aliquem ad transversalium hereditatem capiendam habere accessum?
- 354 Huic decisioni non adversatur responsum Caji in *l. 2. & Ulpiani in leg. si spurius. 4. ff. unde cognati.* Ille quidem ait: *vulgò quæsi liberi matris, & mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se, ex parte bonorum possessionem petere possunt: quia sunt invicem sibi cognati.* Hic verò inter cætera inquit: *Si spurius intestato decesserit: proximi-*

tatis nomine mater ejus, aut frater eadem matre natus, bonorum possessionem ejus ex edicto petere potest. Hæc, inquam, Caji & Ulpiani responsa decisioni nostræ non adversantur; quia de iis loquuntur spuris, qui vulgò concepti, sive quæsi sunt: non item de iis, qui ex damnato coitu descendunt. Licet enim vocabulum spuriorum generale sit, ut *suprà explicatum. n. 237.* propriè tamen intelligitur de illis, qui vulgò sunt quæsi seu concepti, *prædicta l. vulgò concepti. 23. ff. de stat. homin.* qui matri, & ex matre fratribus succedunt, *d. l. 2. & 4. ff. unde cognati. §. vulgò quæsi. 4. infr. de success. cognator.* Et sanè generaliter, quotiescunque leges de spuris, ad successionem admittendis, verba faciunt: accipi debent de vulgò quæsis. Siquidem verba propriè, & secundum communem loquendi usum intelligenda sunt, *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. l. ult. C. de his, qui veniam ætatis impetraverunt.*

Pariter non obsistit, quòd natura hos fratres nefarios jure sanguinis conjunxit: cum uno eodemque ventre gestati sint, & una eademque ubera suxerint: proindeque illis saltem bonorum possessio, unde cognati, dari debeat, *l. non facile. 4. §. cognationis. 2. vers. & quidem naturalis. ff. de gradib. & affinitatibus.* Nam illud quidem negari non potest: verum lex ipsa, odio effrenatæ libidinis, quoad successiones, quæ juris civilis sunt, effectum istius conjunctionis naturalis impedire & infringere voluit, *d. Novell. 74. c. ult.* ubi Justinianus, *Eos, inquit, qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neq., participanda eis ulla clementia est: sed sit supplicium etiam hoc Patrum, ut agnoscant: quia neque quicquam peccatricis concupiscentia eorum habebunt filii, & d. Novell. 89. c. ult.* ubi idem Justinianus, *primum quidem, ait, omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit: iste neq., naturalis nominatur, neq., alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Nihil quoque obstat: quòd, licet liberi incestuosi & nefarii à parentum successionem, per novissimum jus Justinianum repellantur: nulla tamen sit lex, aut constitutio, quæ à successionem fratrum, & aliorum transversalium eos diserte excludat: ac proinde quadam argumentatione ab eadem successionem removeri non debeant: præsertim cum pœnalia jura restringi, & favores ampliari conveniat, *c. odia. 15. de regul. jur. in 6.* Etenim cessante causa, cessat ipse effectus, *l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jure patronat. c. etsi Christus. 26. circa fin. ext. de jure jur. c. cum cessante. 60. ext. de appellat. c. cum infirmitas. 13. ext. de pœnitent. & remiss. fusissimè Tiraquell. in tract. cessante causa, cessat effectus. in princ. n. 11. & seqq.* Hic autem cessat causa successionis, nempe cognatio vel proximitas inter matrem & filium: tum quia Justinianus ejusmodi liberos indignos & nomine filiorum naturalium, & omni clementiâ pronunciavit, *d. Novell. 74. c. ult.* tum quia pater & mater sunt fons & origo, ex quâ jura consanguinitatis & proximitatis oriuntur: qui fons cum illis desit, nullum habent medium, ex quo gradum cognationis deducere possint. Cessabit igitur omnis in ulterioribus quoque successio.

Denique nihil urget, quòd fratres, & alii transversales non peccaverint: sed parentes tantummodo, ex quibus tales filii procreati sunt: atque ideo non illi, sed hi plectendi veniant: cum suos pœnæ auctores comitari debeant, *l. si pœna. 20. & l. crimen. 26. ff. de pœnis. l. sancimus. 22. C. eod. tit.* Quamquam enim illi non deliquerunt: odio tamen parentum (qui digni sunt hac pœnâ, ut filios omni sanguinis jure destitutos esse sentiant) omninò pro extraneis habentur. Et licet non ineptè obijciatur, ex eo, quòd filii à successionem parentum excludantur, non protenus consequi, quòd etiam à mutuâ inter se ipsos successionem arceantur: tamen, quando filii à successionem parentum idcirco repelluntur, quòd jura consanguinitatis & cognationis eis prorsus desint: non male inde inferitur, eos omni jure & gradu, ex quo successio defertur, inter se quoq; spoliatos & destitutos censeri: *quemadmodum id prolixius declarat Forsterus d. lib. 6. de success. c. 50. num. 12. & multis seqq.*

Utcunque autem liberi ex damnatis complexibus nati, de jure civili & parentum successionem & alimentis indigni judicantur. *d. Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. d. Novell. 89.*

vell. 89. c. ult. jure tamen Pontificio illis alimenta à parentibus præstanda sunt c. cum haberet. §. in fin. ext. de eo, qui duxit. in matr. quam polluit per adulter. Matthæus Mathæsyllan. in tr. de success. ab intestat. 2. membr. primi art. num. 1. laicè Covarruv. in tract. de matr. in part. 2. c. 8. §. 6. Ioachim. à Beust. in tractat. de matrimon. c. 60. cujus juris decisio, utpote posterior & æquior, etiam in terris Imperii, sicque in foro seculari servanda est, argum. l. necare. 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. & l. legem. 7. ibi, misericordiâ indigni non sunt, qui alieno laborant vitio. C. de natural. lib. Palæot. in tract. de nothis spurisq. filiis. c. 46. & 47. Heigius hic in cap. 5. num. 150. Schneidevvin. hic sub tit. de success. liber. ex damnato coitu nator. num. 3. Peregrinus. in tract. de jure fisc. lib. 3. cap. 18. num. 55. Ioan. Iacobus à Canib. in tract. de execut. ult. volunt. part. 2. §. consentaneum. num. 37. Claudius de Seyfello in l. 1. num. 11. ff. solut. matrimon. Ant. Capycius decis. 164. num. 2. Ioannes de Roias in Epitom. omn. success. c. 21. num. 19. Anton. de Padilla in auth. res, quæ. num. 65. C. commun. de legat. Hartmann. Hartmanni ab Epping. tit. 36. observ. 3. Ioannes Baptista Pontanus de alimen. c. 2. num. 12. Fortunius Garfias de ult. fin. jur. num. 109. & seqq. Bachovius in Not. ad vol. 2. Treutleri. disp. 16. th. 2. lit. G. pag. 1029. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 33. pag. 230. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 10. Rutershus. in exposit. Novell. Instin. part. 7. cap. 8. num. 6. Martinus Colerus lib. 1. de alimentis. cap. 3. num. 8.

362 alique plures, per eum designati. Hinc legatum alimentorum nomine, incestuosis liberis à patre relictum jure Canonico valet: etiam si testator non addiderit tali legato, se hoc vel illud alimentorum nomine relinquere; sed simpliciter aliquid reliquerit, Cravett. consil. 219. incip. licet datum. n. 8. cons. 846. num. 2. cons. 917. num. 3. Ioan. Baptista Caccialupus de S. Severino in consil. suo, quod est inter Cornei consil. 217. sub. num. 1. vers. posset replicari. vol. 3. Petrus de Benintendis, decis. 22. num. 3. & 15. Anton. Corduba de Lara in l. si quis à liberis. §. §. idem rescripsit. 6. ff. de agnosc. & alend. liber. Ejusque ratio est: tum quia, cum pater sit debitor alimentorum necessarius, d. c. cum haberet. §. ext. de eo, qui duxit in matrimonium, & c. in dubio videtur donasse pro alimentis debitis, & animo compensandi pro eis; prout juris est, quando debitor necessarius creditori legat, arg. l. huiusmodi. 84. §. cum pater. 6. ff. de

364 legat. 1. Tum quia legata sunt interpretanda ex conditione legatarii, arg. l. cum hi. 8. l. si in annos. 23. ff. de transactionib. & l. plenum. 12. §. equitii. 4. vers. sed si testator sciens. ff. de usu & habitat. non tantum, quando testamento addita est clausula, quæ hodie testamentis plerumque inseritur, nempe omni meliore modo & viâ. & c. Iacobus de Puteo in consil. suo, quod est inter Laurentii Calcanei consil. 62. incip. aggredienti mihi. num. 11. sed etiam, quando ea

365 abest; partim quod eam clausulam in jure nusquam requiri videamus: partim quod dicta clausula, etiam testamento non inserta, subintelligatur. Et hanc communem esse opinionem, testatur Franc. Curtius jun. consil. 114. incip. non possum non mirari. num. 9. & consil. seq. num. 7. & Quintilianus Mandosius in addit. ad Lapide Castiglionchio allegat. 29. sub lit. N. hosq. referens Colerus d. lib. 1. de aliment. c. 3. num. 38. & seqq. ubi Calcanei in consil. 59. n. 9. & Chafsanai consil. 39. num. 53. dissentientium doctrinam refutat, pluraq. alia, huc pertinentia eruditè explicat. Et hæc de successione descendendum sive liberorum dicta sufficiant.

DE SUCCESSIONE ASCENDENTUM SEU PARENTUM.

366 **D**ispiciamus modò de successione ascendentium sive parentum. Ascendentes sive parentes cum dicimus; non patrem tantum & matrem, verum etiam avum & aviam, proaviam, aliosque ascendentes in infinitum intelligimus, l. quique. 4. §. parentem. 2. ff. de in jus vocando. l. iuris consultus. 10. §. parentes. 7. ff. de gradib. & affinit. l. appellatione parentis. §. 1. ff. de verb. significat. Timæus Faber disp.

367 21. ad Institut. Imperial. th. 8. Illi, descendentibus deficientibus, mortalitatis & successionis ordine inverso, secundo loco ad successionem defuncti vocantur, l. nam etsi. 15.

ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fin. ff. unde liberi. Novell. 118. c. 2. Unde bellè Accursius in d. l. 15. ff. de inoffic. test. super verb. ordine. canit:

Ordine turbato, succedis Bulgare nato.

Filio itaque filiavè sine liberis, fratribus item vel fororibus utrinque conjunctis, vita functis, si parentes soli, & in pari gradu supersint, æqualiter succedunt, d. Novell. 118. c. 2. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyllian. Quod si mater sola superstes fuerit, sola succedet: si pater solus, & ipse bona defuncti, omnibus aliis ascendentibus remotioribus exclusis, capeffet. Utroque verò parente, tempore mortis filii, è medio subducto: alii superiores, secundum graduum prærogativam admittuntur: ita ut semper propinquiore gradu, remotiores excludant. Neque enim in hac ascendentium serie, sicut in linea descendenti, locum habet jus repræsentationis: cum contra naturam sit, ut avus repræsentet patrem suum filium, tanquam ab eo genitus, d. Novell. 118. cap. 2. d. Auth. defuncto. ibi, salva gradus sui prærogativa. C. ad SC. Tertyllian. Wesenbec. in Parat. ff. de gradib. & affinit. num. 15. Forsterus libr. 7. de successionib. cap. 4. conclus. 5. num. 23. Matth. Stephani cent. 3. sub quest. 11. Andr. Gerhardi Decad. 11. quest. 5. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 32. Sed & diversitatis illius ratio hæc est: quia hereditas magis descendentibus, quàm ascendentibus, debetur. Quid ita? quia non solum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita; sed commune etiam parentum votum liberis hereditatem addicit. l. cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. d. l. scripto. 7. in fin. ff. unde liberi. d. l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. Ascendentibus autem debetur hereditas duntaxat propter miserationem & solatium: ut scilicet, liberis amissis, ipsi solatii loco bona liberorum consequantur, d. l. 7. in fin. ff. unde liberi. l. jure succursum. 6. ff. de jure dot. Unde eleganter Cicero pro Quint. Ad quem, ait, summus mæror ex morte alterius venit: ad eundem summum successionis honorem pervenire oportet. Quod si ascendentes paris quidem sint gradus, diversæ verò lineæ, paternæ nimirum & maternæ, vel etiam disparis numeri, in stirpes succedent. d. Novell. 118. c. 2. vers. si autem eundem. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht/ part. 4. tit. 19. §. Auf den Zahl/ & c. pag. 486. Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. num. 3. & 4. Schneidevvin. hic sub cap. de success. parentum natural. & legitimor. simul num. 22. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 3. pag. 403. Oliver. Textor. in Tract. de success. ab intest. num. 71. Forster. d. lib. 7. de successionib. c. 4. conclus. 3. num. 5. Ubi tamen silentio non transeundum est: patrem vel avum paternum filio vel nepoti intestatò defuncto, qui erat in potestate, unâ cum matre vel avo materno succedentem, præter suam portionem, quam pleno jure consequitur, etiam usumfructum obtinere, donec vixerit, ejus portionis, quæ matri avovè materno delata est, per textum expressum in l. ult. §. 1. vers. fin. verò defuncta. C. ad Sc. Tertyll. Paul. Castrenj. in Auth. defuncto. C. eod. tit. Fachin. lib. 6. controvers. jur. c. 6. quos refert & sequitur. D. Bocerus hic num. 92. pag. 73. & class. 3. disput. 10. th. 24. edit. 2.

Nec huic obstat d. Nov. 118. c. 2. §. si verò, & c. ubi Justinianus ita loquitur: Si autem pater aut mater fuerint; dividendâ inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti & ascendentium & fratrum singuli æqualem habeant portionem; nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare: quoniam pro hac usus portione, hereditatis jus & secundum proprietatem per præsentem dedimus legem, & c. Nam Imperator ibi usumfructum quidem patri aufert ex portione filiorum, non autem matris: & causam assignat; quoniam scilicet vocatur ad successionem, ad quam aliâs non erat vocatus secundum antiquas leges. Sed de matris portione nullum adfert verbum: cum tamen loquatur etiam eo in casu, quo mater adest & succedit, ut liquet ex illis verbis; uti & ascendentium & fratrum. Quæ significant non unius patris, sed plurium ascendentium successionem. Et idcirco meritò subdit: nullum usum ex filiorum portione patrem sibi vindicare: idem & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo d. l. ultim. C. ad SC. Tertyllian. minimè abrogatur, quatenus ex portione matris usumfructum patri attribuit; sed tantum, quatenus

ex portione fratrum. Quicquid enim expressim & specialiter mutatum non est, id veterum legum dispositioni relictum intelligitur, *l. precipimus. 32. in fine. C. de appellation. Atq; ita hoc explicat Fachinaus d. c. 6. ad fin.* Tametsi aliter pronuntiatur sit in Senatu Pedemontano apud Anton. Tessa-
rum decis. 156. quem novè sequitur, & tueri annititur Hunnius d. ib. 3. quæst. 33. & in resolut. ad vol. 2. Treut-
ler. disp. 15. th. 4. quæst. 35. pag. 232.

372 Agitata sæpè utramque in partem est quæstio illa: ec-
quid pater & mater, ceterique majores diversæ lineæ, in
gradu pares, æqualiter in omnia bona succedant; sive
hæc bona à matre ad filium pervenerint: sicque nulla
prorsus bonorum distinctio facienda sit? Et quidem mul-
ti, magni nominis Doctores, existimant: bonorum distin-
ctionem & separationem hîc faciendam esse: adeò, ut in bo-
nis, quæ ex paternâ lineâ ad filium defunctum profecta
sunt, pater solus succedat, matre exclusâ; & mater con-
tra sola, patre excluso, in bonis, quæ ad filium ex lineâ
maternâ pervenerunt: in omnibus autem cæteris bonis,
aliunde quæsitis, æqualiter succedant; Bart. in *l. post do-
tem. 40. n. ult. ff. soluto matrim. in Auth. itaque. C. com-
munia de successione. & in l. quod scitis 3. C. de bonis, qua
liberis, &c. Iason. in d. l. post dotem. 40. num. 106. & seq.
ff. solut. matr. Matthæsyllan. num. tr. de success. ab intest.
in 2. artic. princip. num. 7. & ibidem in addit. Ludov. Bo-
lognius. num. 8. Modestin. Pistoris consil. 31. q. 3. num. 39.
vers. idem dicit. vol. 1. Benedict. de Guilh. in c. Raynurius.
16. ext. de testam. verb. & uxorem. num. 937. Chassan. in
consuetud. Burgund. rubr. 7. §. 6. num. 7. Nicol. Boer. de-
cis. 192. num. 5. Ambros. Schurer. in tr. de success. ab in-
testat. t. 10. reg. 2. ampliatur. 1. Anton. Tessa-
rum. num. 2. & 3. Matthias Berlichius part. 3. conclusio. pra-
cticabil. conclus. 20. num. 14. & seq. Schneidevvin. b. in c.
de success. parent. natural. & legu. simul. num. 12. & 13.
Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascendentium.
pag. 216. Petr. Gregor. Tholos. in syntag. jur. univers. part.
3. lib. 45. c. 9. num. 11. Ludov. Roman. concl. 40. plures-
que alii, quos citat Tiraq. in Comment. de retract. lign. §.
14. gloss. 2. num. 12. Verùm alii, non minoris auctorita-
tis Jcti, constanter asserunt; patrem, & matrem, & cæ-
teros majores, diversæ lineæ, pares in gradu, æqualiter
in omnia bona succedere: nec aliquam bonorum pater-
norum & maternorum segregationem faciendam esse, un-
decunque bona profecta sint, sive à patre, sive à matre.
Bald. in Auth. defuncto. num. 3. Cod. ad SC. Tertullian. Ni-
colaus de Ubaldis in tractat. de success. ab intestat. part. 2.
num. 4. Cynus, Salicetus, Fulgosus, Ioan. à monte Sperello,
Corneus, & alii in d. l. quod scitis. 3. Cod. de bonis, qua libe-
ris, &c. Decius consil. 94. num. 9. & sequentib. & consil.
186. num. 2. vol. 1. & consil. 7. vol. 3. Wesenbec. in addit.
act. Schneidevvin. dicto loco Heigius hîc in 2. ord. de success.
ascendent. num. 5. D. Bocer. n. 90. pag. 72. Arnold. Ferronius
ad consuetud. Burdigalens. lib. 2. tit. 5. §. 1. Ranchinus in
tract. de success. ab intestat. §. 14. num. 10. Forster. lib. 7.
de successione. cap. 4. num. 12. & seqq. Covarruv. in Epi-
tom. de success. ab intestat. num. 2. Ludovic. Molina tom. 1.
de justit. & jur. tract. 2. disp. 163. num. 5. Baldus. Novell.
in tract. de dote. part. 12. num. 45. & seq. Mynsinger. cent.
6. observ. 55. num. 3. ubi hanc sententiam à Camerâ Im-
periali approbatam esse, testatur. Eandem sequuntur Fa-
chinaus lib. 6. controversiar. jur. cap. 4. Hackelman. illustr.
quæstion. disput. 18. thes. 15. ad lit. d. Henonius Disp. 12.
controvers. 7. Paulus Berens. Disput. 8. ad Institut. them.
2. quæst. 1. Thomas Lindemannus. Exercitationum lu-
stin. Disput. 5. th. 29. Didacus Spino in speculo testam. tit.
de his, qui succedunt ab intestat. Grassus. in §. successio ab
intestat. q. 22. num. 5. Capriol. lib. 2. num. 2. de success. ab
intestat. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestati. tit.
2. num. 6. Illustris Enenckel. in tract. de privil. g. parent.
& liber. privileg. 14. c. 1. part. 2. n. 4. Henning. Wgnerus
Disp. 9. ad Institut. thes. 3. lit. d. Andr. Gerhards Decad.
11. q. 5. Jacob. Schegk. in delib. jur. Disp. 14. th. 48.
Ioh. Iacob. Plebst. Disput. 4. de jure locali Ducatus Würtem-
berg. th. 85. ed. 1. Petrus Barbosa. ad l. post. dotem. 41. n.
67. ff. solut. matrim. & Casparus Schifordegher. lib. 1. ad
Anton. Fabr. tract. 14. quæst. 3. & seqq. nec non Hunnius,*

de libro. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 31. & Bacho-
vius in not. ad volum. 2. Treutler. Disp. 16. th. 4. lit. c. p.
1038. Ungepaup. exercit. Justin. 9. quæst. 7. p. 267. edit. ult.

Fundamentum hujus assertionis solidum extat in No-
vell. 118. cap. 2. vers. si autem plurimi, &c. ubi apertè
Justinianus sancivit: hereditatem filii, vel alterius descen-
dentis sine liberis defuncti, ad ascendentes sive parentes,
in pari gradu existentes, pariter pertinere. Hereditatem
verò omne jus, quod defunctus habuit, complecti pluf-
quàm manifestum est, *l. nihil aliud. 24. ff. de verbor. si-
gnificat. l. hereditas. 62. ff. de regul. jur.* Cum igitur lex
indefinitè & indistinctè hereditatem ex æquo dividi jubeat,
aliter intelligi non potest, nisi respectu omnium bonorum
undecunque quæsiturum. Indefinita siquidem oratio, à
lege prolata, universali æquillet, *argum. l. si ita relictum.
43. in princ. & l. si pluribus. 44. ff. de legat. 2. l. si neces-
sarias. 8. §. si a nua. ff. de pignor. act. & lex generaliter in-
distinctè loquens, generaliter & indistinctè accipi debet.* 373
*l. 1. §. quod autem. 3. in fin. ff. de aleatorib. l. 1. §. generali-
ter. ff. de legat. præstand. & l. de pretio. 8. ff. de Publican.
in rem act.* Huic accedit, quòd Justinianus in d. Novell.
118. cap. 2. sibi proposuerit omnes ab intestato cognatio-
num successiones clarâ compendiosâque divisione dispo-
nere: sic, ut ea sola, quæ ibi disposuerit, servari oporteat,
prout in præfatione istius Novell. disertè scribit. Ast huic
suo proposito non satisfacisset, si casum propositum in
câdem novellâ constitutione claris & perspicuis verbis
non definivisset. Eodem confert quoque evidens ratio:
quòd nimirum in delatione hereditatis non origo & causa
acquisitionis, sed persona acquirentis spectetur: nec bona
amplius materna aut paterna dici possint, sed ipsius, qui
acquisivit. Sed & bona semel alicui quæsitâ, undecun-
que provenerint, cum aliis consolidantur, unumque pa-
trimonium constituunt. *l. sed si plures. 10. §. filio. 2. ff. de
vulg. & pupill. substituit.* ac eo mortuo, hereditatis nomen
adipiscuntur. *d. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* proinde,
cùm medietas bonorum paternis, & altera medietas ma-
ternis parentibus acquiratur. *d. Nov. 118. cap. 2.* sequi-
tur inde infallibiliter; bonorum à matre, & bonorum à
patre acquirentium, separationem fieri non debere.

Huic sententiæ nihil adversatur *d. l. quod scitis. 3. vers. 377
sin autem idem nepos. C. de bonis, qua liberis, &c.* quâ Bar-
toli & sequacium opinio maximè firmatur. Nam in specie
illius legis agitur tantùm de hereditate nepotis inter pa-
trem & avum paternum, & sic inter ascendentes ejusdem
lineæ dividendâ: & deciditur, quòd bona, à matre profe-
cta, ad solum patrem, tanquam proximior, pertineant,
non ad avum. Hîc verò tractatur de concursu avi pater-
ni & materni, atque ita de ascendentibus diversæ lineæ,
in pari gradu constitutis: & dicitur, eorum respectu nul-
lam bonorum separationem à jure novissimo introduci,
& consequenter eosdem æqualiter in omnibus bonis, ex
quacunque lineâ obvenerint, succedere debere, *d. Nov.
118. cap. 2. vers. si autem, &c.* Sic quoque minimè refra-
gatur §. 1. supr. per quas personas cuique acquirit. ubi Ju-
stinianus ipse humanum & æquum esse judicat: ut id,
quòd à patre profectum est, ad eundem revertatur. Quia
loquitur de bonis, à patre profectis: eaque ad ipsum rectâ
reverti dicuntur, vivo filio: quòd cum præsentî quæstio-
ne nihil commune habet. Ad alia, quæ huic sententiæ con-
tradicare videntur, respondent s. tis commodè Forsterus, Fa-
chinaus, Berens, Hunnius & Ungepaup locis præallegatis.

Ambigi hîc quoque de eo posset: nunquid ascendentes
in bonis feudalibus liberis suis succedere valeant? Sed ne-
gativa opinio expresso communita est textu in cap. . in
princip. de naturâ successionis feudi. tit. 50. libr. 2. feudor.
Quam amplectuntur Cacciaupus de feud. cognit. artic. 6.
num. 21. vers. visis concordantiis. Sonsbec. in Commentar.
ad usus feudor. part. 9. num. 46. Schrader. in tractat. feud.
part. 7. cap. 6. num. 1. Cephal. consil. 641. num. 18. vol. 5.
Wesenbec. de feud. cap. 6. num. 7. Schneidevvin. in tra-
ctat. de feud. part. 6. de success. ascendent. num. 1. &
idem hoc tit. c. de success. parent. natural. & legitimor. simul.
n. 18. Heigius hîc sub c. de success. ascendent. n. 20. Borcholt.
de feud. c. 7. part. 2. n. 9. Vultejus libr. 1. de feud. cap. 9. n.
101. alique ab his memorati. Ratio hujus decisionis 380

non incommoda hæc videtur: quod propter communem feudi naturam semper, si non expresse, tacite tamen, in primâ investiturâ hoc inter dominum & vassallum actum esse intelligatur: ut concessum feudum ad investitum & ejusdem posteros, sive ex eo descendentes, non etiam ejusdem parentes, pertineat: quippe cum rarius, & non nisi turbato mortalitatis ordine eveniat, ut filii ante parentes decedant, & ad eorum successionem parentes vocentur, *l. nam et si. 15. ff. de inoffic. testam. Alvarott. in cap. 1. §. hoc quoque num. 9. de his, qui feud. dar. poss. Hotoman. in d. c. 1. de natura success. feud. Vult. loco proxime notato, Duaren. in Commentar. in usus feud. cap. 11. num. 10. Hartmann. Pistoris libr. 2. question. jur. quest. 19. num. 5. D. Bocer. class. 5. Disput. 18. thes. 22. ad lit. a. edit. 2. & latius in tract. de jure succedendi in feudum. c. 4. quest. 1. & seq.*

- 381 Et si verò ascendentium successio regulariter in feudis nulla est: sunt tamen casus nonnulli, quibus defuncto suo filio parens in feudum succedit. Primus est: si in feudi concessione sive investiturâ id expresse actum sit; ut, vassallo sine masculâ prole defuncto, feudum ad ejus parentem pertineat, *per textum in titul. 84. in extraordinar. capitulis. Valent. Forster. de successionib. libr. 7. cap. 4. num. 38. in additionibus. pag. 537.* Et quamvis dubiæ auctoritatis capitula ista extraordinaria censeantur: attamen valere hujusmodi pactum, ratio suadet: quippe cum pactione effici possit, ut personæ, quæ alias in feudo succedere nequeunt, ad illius successionem admittantur: veluti fœmina, *tit. 8. §. filia verò. lib. 1. feud. & d. tit. 50. in princip. libr. 2. feudor. & frater in feudo fratris novo, titul. 1. §. cum verò vers. fin autem unus ex fratribus. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. lib. 1. feud. item extraneus, titul. 48. lib. 2. feudorum.*
- 383 Secundus casus est: si filius propter benemerita patris de feudo investitus fuerit. Cum enim respectu & contemplatione patris feudum filio conceditur: idem feudum etiam patri, in casum deficientis filii, concedi intelligitur, *argumento l. dotem, quam. 6. ff. de collat. bonor. l. ultim. in fin. C. de usufruct. l. sed si plures. 10. §. in adrogato. vers. ego etiam. ff. de vulg. & pupill. substitut. Schrader. d. tract. feud. part. 7. c. 6. num. 4. Duaren. d. Commentar. in usus feud. cap. 11. num. 11. Borcholt. de feud. cap. 7. num. 9. Schürerius in tractat. de hereditatibus qua ab intest. de-*
- 384 *fer. titul. 11. in princip.* Tertius est casus: quando pater favore filii feudum refutavit, ut filius investiretur. Tunc, filio nullis relictis liberis masculis mortuo, feudum ad patrem superstitem jure successionis revertitur, ut Interpretes plerique volunt, *Iacobin. de S. Georg. in investitura feud. super verb. & unus ex dictis vassallis refutavit feudum. num. 10. Iacobus de Ardiz. in epitom. de feud. tit. de success. feud. §. ascendentes. Zas. in epitom. feodal. part. 8. n. 2. Preposit. in c. 1. n. 2. de vassall. decip. atat. Borcholt. d. c. 7. num. 9. Hartman. Hartmanni ab Epping. lib. pract. observat. titul. 54. observ. 46. Sonsbecc. d. part. 9. num. 48. Schrader. d. c. 6. num. 4. Schurff. cent. 1. consil. 27. Heigius hic in tit. de success. ascendentium. n. 31. & Rosinthal. in synopsi jur. feodal. cap. 7. conclus. 27.* Et licet hoc de casu non immerito quispiam dubitare posset, ab generali textum in *d. tit. 50. in princip. libr. 2. feud. & d. titul. 84. in extraord. capitul.* eum tamen in Camerâ Imperiali receptum esse, testatur Mynsingerus *centur. 3. observ. 93.* Ultimus casus est: si statutum vel consuetudo illius loci, in quo feudum, de cujus successione agitur, situm est, id permittat, *argumento tit. 1. in princip. libr. 2. feud. & tradit. Andr. de Isern. ad d. titul. 50. libr. 2. feud. Schrader. d. part. 7. cap. 6. num. 3. Vult. d. lib. 1. de feud. cap. 9. n. 101. pag. 553. vers. quod autem, &c. hosq. citans D. Bocer. d. class. 5. disput. 18. th. 22. ad lit. e. & d. tract. de jur. succed. in feud. c. 4. quest. 1. vers. tertius est casus, &c. Gothofred. Anton. disp. feud. 5. th. 6. lit. A.*
- 386 Porro si cum ascendentibus sive parentibus defuncti fratres & sorores ἀμφωδαιε, hoc est, utrinque defuncto juncti junctavē (nam ex uno latere juncti, ab omnibus ascendentibus meritò excluduntur, *Novell. 118. cap. 2. in princip. ibi, exceptis solis fratribus, ex utroque parente junctis, &c. Nicol. de Ubald. in tractat. de success. ab*

*intest. part. 2. num. 7. Wurmser. in pract. observ. tit. 41. observ. 5. & 6. Hænon. disput. 12. controvers. 10. Bocer. d. class. 3. disput. 10. thes. 29. ed. 2. Hunnius d. libr. 3. tract. 1. quest. 34. Eachineus libr. 6. controvers. jur. cap. 8. ubi dissentientem adducit Chassanum consil. 9. & in consuetud. Burgund. Rubr. 7. §. 6. vers. dictum est hic, &c.) concurrant: tunc inter hos: & ascendentes gradu proximos hereditas ex æquo dividenda est, adeoque tot faciendæ sunt partes, quot personæ adsunt, *Authent. defuncto. C. ad Senatusconsultum Tertyl. dict. Novell. 118. c. 2.* Idem quoq; 387 cautum extat Jure renovato Würtemberg. *part. 4. tit. 20. pag. 491. & seq.* Fratrum quin etiam, & sororum prædefunctorum liberi, ex utroque parente juncti, sive defuncto frater superstit, sive non, cum ascendentibus, propter jus representationis, in stirpes vocantur, *Novell. 127. c. 1. Forsterus de successionib. ab intest. libro 7. c. 7. Schneidervin. hic in secundo ord. succedendi. num. 29. Plebst. de jure locali Würt. disputat. 4. th. 87. & 89. edit. 1.* Superstitibus itaque avo paterno, aviaque maternâ, fratre utrinque juncto, & fratris utrinque juncti filiis duobus; hereditas in quinque partes dividetur: quarum quintam hi duo ex fratre filii accipient, quam habiturus fuisset parens ipsorum, si vixisset. *Videatur Andreas Gerhardi Decad. 11. quest. 6. & 7. itemque Rittershusius in expositione Novell. Justin. part. 7. cap. 10. n. 8. & 9.* Quamvis diversum in nepotibus fratrum, aut pronepotibus, utpote in quibus representatio cessat, sit receptum, *Authent. post fratres, fratrumq. filios. & ibi gl. communiter approbata, Salicetus, Cornutus & alii, C. de legit. heredib. Ioan. Fab. in §. item vetustas. in fin. infr. hoc. tit. Angel. in §. præferuntur. num. 10. infr. de SC. Tertyll. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 77. Covarr. in epit. de success. ab intestato. num. 5. vers. tertio est notandum, &c. Heigius hic in 2. ord. de success. ascend. n. 14. Wegner. disp. 9. ad Institut. th. 3. ad lit. f. & Gerhardi. d. q. 6.**

Planè an defuncti frater utrinque junctus præferatur 388 avo suo, nec ne, controversatur? Et illum huic non præferri, sed utrumque simul succedere, rectè statuitur, *d. Nov. 118. c. 2. vers. si verò. &c.* ubi expressum est, fratres utrinque junctos defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocari. Proximus autem gradu is dicitur, 389 quem nemo antecedit. *l. proximus 92. ff. d. V. S.* Proinde si ex ascendentibus solus extet avus, cum eo frater utrinque junctus succedet, non verò eum excludet: quia avus tunc gradu proximus censetur. *Atque ita docent. Bartol. Castrens. Salic. & Corn. in Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Covarruv. d. epit. de success. ab intest. num. 5. hosq. allegans Fachin. lib. 6. controu. jur. cap. 7.* Quibus addendi sunt *Bald. Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll. Nicol. de Ubald. in tr. de success. ab intest. p. 2. num. 5. Matthæus Matthæsyllan. in d. tract. in secundo art. princ. n. 9. in fin. Dynus in summâ succession. Borcholt. in tract. de gradib. tit. de success. ascend. pag. 220. Paul. Berens disput. 8. ad Institut. them. 2. quest. 2. Hilliger. sedulus Enuclator Donelli, lib. 9. cap. 3. lit. g. Oliver. de success. ab intest. num. 77. & seq. Hænon. disput. 12. ad Institut. controu. 8. Wesenbec. in parat. ff. de gradib. & affinib. n. 15. Hunn. d. tract. 1. quest. 35. & Forster. d. libr. 7. de success. cap. 6. num. 1. & 2.* Si ergo defunctus reliquit avum paternum vel maternum, & fratrem ac sororem ex utroque parente junctos: hereditas in tres distribuitur partes: unam partem accipit avus paternus vel maternus: secundam frater defuncti: tertiam soror. Idem dicendum, si defunctus reliquerit avum paternum & aviam paternam, & avum maternum ac aviam maternam, & fratrem ac sororem utroque ex parente junctos. Hac specie hereditas defuncti in sex æquales partes dividetur: & duas hereditatis partes capient avus & avia paterni; & avus ac avia materni itidem duas partes; & reliquas duas partes frater & soror defuncti accipient. *d. Nov. 118. c. 2. vers. si verò cum ascendentib. &c. Plebst. d. disput. 4. th. 91.* Quare meritò jam diu nigros tulit calculos sententia Jacobi de Belviso in *d. Novell. 118. c. 2. vers. si verò. Chassanæ in consuet. Burgund. Rub. 7. §. 6. vers. sed adverte, &c.* & aliorum, qui fratrem sororemve utrinque junctos cum patre & matre quidem admittunt, non vero etiam cum avo vel avia; sed hos ab illis excludi autumant.

390 Cæterum, si mater ad secundas nuptias transeat: tunc eorum, quæ ex paternâ substantiâ ad filium pervenerunt, usumfructum quidem consequitur; proprietatem autem amittit, eamque filiis primi matrimonii supersticibus reservare tenetur. *l. femina. 3. §. illud. juncta auth. ex testamento. ibiq. gloss. C. de secund. nupt. l. mater. 5. C. ad Senatusconsultum Tertullianum. Nov. 22. cap. 46. vers. si autem. §. C. & Novell. 2. cap. 3. ubi Cujac. Boer. decis. 185. & 192. Rittershus. d. exposit. Nov. part. 7. cap. 12. num. 5. Heigius hic in secundo ord. de success. ascend. num. 20. & latius Schneidevvinus hic in secundo ord. succedendi. num. 32. & seq. Adde Doctorem Martam tom. 5. digestorum novissimorum Tit. Successio. cap. 123. fol. 118.*

391 Sed utrùm idem ad patrem, ad secunda vota convolantem, porrigi debeat, non omnino expeditum videtur? Sententia affirmata cum suffragiis Dd. conspirantibus (contra Matthasylanum hesitantem, in tract. de success. ab intest. in 2. artic. principali. num. 25.) recepta sit, nec mihi displicere debet, dict. Novell. 22. cap. 23. vers. & hac com-

392 munis, &c. Ejusque ratio satis est perspicua: quia jura non solum præsumunt, novas nuptas tum bona, tum animum & vitam suam novis maritis addicere. *l. lex, quæ tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor. verum etiam judicant, patrem novercalibus delinimentis instigatum, malignè circa sanguinem suum ferre judicium, & à se ipsâ abduci atque avelli. l. 3. & 4. ff. de inoffic. testam. Unde cum & filiorum & conjugum causâ isthæc pœna introducta sit, & tam in patre, quam in matre rationem eandem habeat: plusquam manifestum fit, patrem similiter hoc casu proprietatem perdere, uti tenent Bartol. Baldus, & Salicetus in dict. leg. femina. 3. C. de secund. nupt. Ioannes de Monteferrato in repetit. l. frater à fratre. 38. quest. 17. ff. de condict. indebit. Paris. cons. 29. n. 77. volum. 3. Olárad consil. 33. n. 3. Decius cons. 87. n. 3. & consil. 130. n. 1. Capra consil. 46. num. 5. Forsterus pulchre lib. 7. de success. ab intest. cap. 11. Gail. libro 2. observ. 98. num. 3. Paul. Emil. Gallus in tractat. de except. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 1. tit. 4. except. 3. num. 32. cum seqq. fol. 121. aliq. complures, ab eis recensiti. Quibus adjiciatur novissimè Bachovius in suis not. ad volum. 2. Treutleri. Disput. 16. th. 4. lit. D. pag. 1041. ubi pro utraq. parte nervosè disputat.*

393 Præterea mater, si filio suo impuberi intra annum tutorem non petierit, jure succedendi in ejus impuberis defuncti hereditate, non gaudet. *§. penult. infr. de Senatusconsulto Tertull. ubi hac de re acturi sumus latius. l. matres. 3. C. ad Senatusconsultum Tertullian. l. sciant. 10. C. de legit. heredib. l. 2. §. 1. & l. ult. ff. qui petant tutor. vel curat. l. cum à matribus. 8. & l. ult. Cod. eodem tit. Laurus de Palatiis in tract. de success. part. 1. num. 51. prolixè Robertus Marant. in repetit. l. is potest. 18. num. 219.*

394 cum multis seqq. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Sed & si turpem ac luxuriosam vitam elegerit mater, in filii defuncti hereditatem non succedit. *argum. l. ult. C. quando mul. tutela offic. fungi potest. Bartolus in leg. his solis. 7. in fin. C. de revocandis donat. Forsterus dict. lib. 7. cap. 15. Gail. lib. 2. observ. 98. num. 15. & Bocerius clas. 3. disput. 10. th. 32. ed. 2. Licet post Alexandrum in l. sororem. 10. C. de his, quibus ut indignis. &c. aliter sentiat Heigius hic in secundo ord. de success. ascend. n. 27.*

395 Verùm enim verò non solum parentes naturales & legitimi simul, ad successionem liberorum suorum intestatorum vocantur, ut hactenus traditum est: sed & legitimi tantum (sive adoptivi parentes liberis suis adoptivis, quos in potestate habuerunt succedunt: non etiam extraneis adoptatis. §. sed hodie. 2. ubi Wesenbec. supr. de adoptionib. l. penult. circa princip. vers. si verò pater. & §. sed ne articulum. C. d. tit. §. sed ea omnia. 14. infr. h. tit. neque liberis artogatis, si hi intra pubertatem decesserint. §. cum autem impubes. 3. ubi gloss. supr. de adoptionib. dict. l. penult. §. fin. & ibi gloss. C. eod. Schneidevvinus hic in secundo ordine succed. n. 39. & explicatius Forsterus dict. libro 7. de success. ab intest. cap. 18. n. 4. & aliquot subsequen-

396 tibus. Quemadmodum autem filii naturales tantum, sive ex concubinâ procreati, succedunt patri in duabus uncias, ut superius expositum n. 264. ita & ipse pater, reliquique

ascendentes duas uncias ex hereditate filiorum naturalium consequuntur, *Auth. licet. C. de naturalib. liber. Novell. 89. c. 13.* Et vicissim sicuti filii naturales in solidum ad hereditatem maternam vocantur: ita & ipsa mater, aut ascendentes ex lineâ maternâ ad successionem liberorum naturalium in solidum admittuntur. *§. fin. inf. de SC. Tertull. l. 2. in pr. ff. eod. Cravett. consil. 176. n. 3. Forster. d. lib. 7. cap. 17.* Etenim jura successionum correlativa sive reci-
397 proca esse solent, & debent. *argum. l. penult. & ibi Paul. de Castro. C. de legitimis heredib. Treutler. disp. 16. th. 4. ad lit. 1. volum. 2. Borcholt. in tract. de gradibus. p. mihi. 231. Rittershus. in exposit. Novell. Justin. part. 7. c. 1. n. 11. Cujac. ad Novell. 18. p. 139. Wegner. disput. 9. ad Institut. th. 3. sub lit. g. & correlativorum idem jus, eademque discipli-
398 na judicatur. l. ult. Cod. de indict. viduit. tollend. l. 1. C. de cupressis, &c. Parentes porro naturales filiis suis legitima-
399 tis eodem succedunt modo, quo naturales & legitimi si-
ve justis. *§. sui autem. 2. vers. quib. connumerari. infr. hoc tit. nisi quod per oblationem curiæ legitimatis soli parentes succedant; non etiam alii agnati cognativè. No-
vell. 89. cap. 4. Forster. dict. libro 7. cap. 19. n. 1. & 2. Sanè*
400 à spuriorum seu vulgò quæstorum filiorum successione pa-
ter, & alii ascendentes per lineam paternam, cum sint incerti, excluduntur. *l. si spurus. 4. ff. unde cognati. l. vulgò. 23. ff. de stat. hom. Mater verò, quia semper certa, licet publicum sit scortum, cæterique ex maternâ lineâ ascendentes iisdem succedunt. l. quia semper. 5. ff. de in jus voc. l. 2. ff. unde cognati. exclusis fratribus uterinis, ar-
gum. Novell. 118. cap. 2. ibi, exceptis solis, &c. Forster. d. lib. 7. cap. 17. n. 7. Nec aliud de matre illustri statuendum, postquam nihil speciale de eâ jure constitutum reperitur, Matthasylanus in tractat. de success. ab intest. 2. membro secundi articuli principali. num. 5. Schneidevvinus hic in secundo ord. succed. n. 48. h. s. que referens Wegnerus dict. disput. 9. thes. 3. sub lit. g. ad finem. Paren-
401 tes denique, qui liberos ex damnatâ seu incestâ consuetudine ediderunt, prorsus indignos eorum successione reputari, frequentius obtinuit, *Auth. ex complexu. C. de incest. & inutil. nupt. Novell. 89. cap. ult. Angel. in §. præferuntur. num. 18. infr. de Senatusconsulto Tertullian. Borcholt. dict. tractat. de gradibus. pag. mihi 232. Forster. libr. 7. de success. cap. ultim. num. 10. & d. libr. 7. cap. 19. n. 3. Et tantum de successione ascendentium sive parentum.***

DE SUCCESSIONE COLLATERALIU M.

Restat, ut agamus de successione collateralium seu
402 transversalium. Appellantur transversales omnes ex latere cognati: ut fratres, sorores, & ex fratribus ac sororibus prognati: item patruus, avunculi, amita, matertera, patruus magni, avunculi magni, amita magnæ, & matertera magnæ. *l. jurisconsultus. 10. §. sunt & ex lateribus. 8. ff. de gradibus & affinitibus. Ioannes Borcholt. in tractat. de gradib. tit. de successione transversal. pag. 233.* Successio-
403 ne itaque tam ascendentium, quam descendentium deficiente: tertius transversalium occurrit ordo: quo fratres ac sorores defuncto ex utroque parente connexi (qui Germani fratres, Germanæque sorores indignantur) reliquis omnibus, ab uno saltem latere venientibus, præferuntur (adeo quidem, ut repudiante hereditatem fratre utrinque conjuncto, jure accrescendi non admittantur uno latere conjuncti, sed à filiis repudiantis excludantur) exceptis solis fratrum sororumque præmortuorum præmortuarumque, utrinque conjunctorum conjunctarumque liberis: qui, patruis seu avunculis, amitis seu materteris suis in capita vocatis, jure repræsentationis portionem parentis sui accipiunt, atque ita in stirpes succedunt: *Novell. 118. c. 3. Auth. cessante. C. de legitimis heredib. & W. erneuert Landrecht. part. 4. tit. 21. pag. 502. Schneidevvin. hic in c. de tertio ordine succedendi num. 3. & 11. Heigius hic in tertio ord. de success. collateral. num. 1. & seqq. Covarruv. in epitom. de success. ab intest. num. 7. & 10. vers. decima conclusio &c. Ferronius ad consuetud. Burdig. lib. 2. titul. 5. §. 12. Forster. libr. 8. de success. ab intest. cap. 1. & 2. Modestin. Pistoris consil. 25.*

num. 24. vol. 1. Ranchin. in Commentar. de success. ab intest. §. 13. num. 11. Oliver. Textor. in tractat. de success. ab intest. num. 87. & 88. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Saxon. part. 3. constitut. 17. num. 1. Matth. Coler. decis. 48. num. 1. part. 1. Berlich. part. 3. conclusio. practica. conclus. 24. num. 3. & 8. cum seqq. ubi id ampliationibus & limitationibus aliquot illustrat.

404 Jure autem feudali frater consanguineus, id est, ex patre tantum conjunctus, una cum fratre utrinque conjuncto succedit: eo quod consanguinitas est species agnationis, cujus solius in usibus feudorum ratio habetur, c. 1. de successione fratrum. §. his vero deficientibus. tit. 11. lib. 2. F. ibiq. Bald. num. 1. Alvarot. num. 3. Preposit. num. 3. Afflict. num. 14. Laudens. num. 15. & alii ibidem communiter. Ioan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad revocat. feudi. in verb. nec superstitib. num. 10. Tiraquell. de retract. lignag. §. 14. gloss. 2. num. 10. Rosenth. in synopsi feud. cap. 7. conclus. 130. Alexand. conf. 9. num. 14. volum. 5. Schurff. consil. 8. cent. 1. Cravett. consil. 186. n. 3. Decian. consil. 16. num. 21. volum. 1. Borcholt. de feud. c. 7. p. 2. num. 80. Hartman. Pistoris lib. 2. part. poster. q. 43. n. 2. & 12. Schrader. in tractat. feud. part. 7. cap. 7. n. 14. Vult. lib. 1. de feud. c. 9. n. 108. ubi plures citat. Atq; hanc sententiam Assessores Camerae Imperialis approbasse, testis est locupletissimus Andr. Gail. lib. 2. observat. 151. Quod si defunctus vasallus non tantum fratrem vel fratres, sed & prater illos demortui fratris filios relinquat: hos filios una cum patruo suo vel patruis suis in feudum paternum succedere, dubitandum non est, per textum in tit. 14. §. 1. vers. si vero unus. ibi, predicti fratres vel nepotes. lib. 1. feud. & d. t. 11. §. his vero deficientibus. ibi, fratres cum fratrum premortuorum filiis. lib. 2. F.

Sed utrum in stirpes, an in capita vocentur cum patruis suis praedefunctorum fratrum filii, controversum videtur? Et ex stirpibus hos succedere, statuendum est: ita ut eam portionem consequantur, quam eorum parentes, si superstites essent, auferrent. Neque enim fratres fratri suo ut fratres, neque fratris demortui filii patruo suo ut patruo, sed illi tanquam filii suo patri, & hi tanquam aviatici nepotes suo avo in feudum succedunt. d. tit. 40. §. 1. vers. si vero. ibi, predicti fratres vel nepotes per investituram patris & avi in beneficium succedunt. & tit. 19. §. si quis miles. ibi, in beneficium patris ipse succedit. lib. 1. F. Idque etiam ex eo patet, quod frater, quando fratri in antiquum succedit feudum, succedere dicitur non in fraternum, sed in paternum feudum; sive pater, sive avus, sive proavus, sive abavus, sive atavus, sive tritavus feudum illud primo acquisierit. t. 50. in princ. vers. ex latere. & §. paternum. lib. 2. F. Quemadmodum ergo nepotes avo suo in stirpes succedunt, si cum patruis suis concurrant, t. 8. in pr. ibi, vel nepotes ex filio, loco sui patris, & d. t. 19. §. ult. ibi, in beneficium avi in patris vicem succedit. lib. 1. F. ita quoque si cum defuncti fratre concurrant alterius fratris praedefuncti filii, hi cum illo in stirpes succedunt: quippe cum hac in parte jus commune Romanum d. Novell. 118. c. 3. & Nov. 127. c. 1. comprehensum, contrario feudorum jure nullibi sit immutatum. Et ita sentiunt omnes Feudista in d. c. 1. de success. fratrum. t. 11. lib. 2. F. Borch. de feud. d. cap. 7. part. 2. numer. 81. Curt. jun. de feud. part. 3. memb. 3. n. 60. Sonsbec. in consuetud. feud. part. 9. num. 98. Zasius in Epit. feud. part. 8. num. 17. Duaren. de feud. c. 11. num. 13. Wesenbec. de feud. c. 6. num. 16. Mynsing. cent. 1. observ. 94. Vult. d. lib. 1. c. 9. num. 109. D. Collega Bocer. cl. 5. disp. 18. th. 27. lit. a. edit. 2. Petr. Nic. Mozz. in tract. de feud. tit. de substantia feud. num. 77. Schrader. tract. eod. part. 7. cap. 5. num. 38. & Berlichius d. part. 3. conclus. 40. num. 1.

408 Ceterum an id, quod modo diximus, fratris filios cum patruo suo in defuncti patris feudum paternum succedere, non solum in feudo simpliciter hereditario, sed etiam in feudo, quod est ex pacto & providentia, itemque mixto, id est, partim hereditario, partim ex pacto & providentia, procedat, major est controversia? Sunt sane multi, qui, ut maxime id concedant in feudo mixto, itemque absolute hereditario; negant tamen in feudo ex pacto & providentia, in quo existimant, filios fratrum cum patruis

suis ad successionem non admitti: siquidem hoc in feudo successio aestimetur non jure hereditario, sed jure sanguinis? ut proinde haec res non sit metienda regulis successionum ab intestato, sed proximitate sanguinis, quo frater sine dubio fratri defuncto proximior est, quam fratris filii. Bart. in Auth. post fratres. C. de legitimis hered. Alexand. conf. 204. num. 6. vol. 2. & conf. 129. num. 8. vol. 5. Ias. conf. 141. vol. 1. Ruin. conf. 25. n. 23. in fin. & conf. 163. in fin. vol. 3. Covarr. practica. quest. c. 38. n. 13. Natta conf. 127. & seq. Menoch. consil. 498. num. 19. hos, aliosq. referens V. tiejus dict. lib. 1. de feud. cap. 9. num. 109. pag. 572. & seq. ubi istam sententiam veritati theoricæ magis esse consentaneam arbitratur. Verum haec traditio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Etenim in predicto t. 11. §. his vero deficientibus. lib. 2. feudor. generaliter dicitur, quod fratres cum fratrum premortuorum filiis, ad successionem defuncti fratris in feudo paterno admittantur. Quo confert & illud: quod omnes agnati in paternum 409 feudum succedunt, non tam quod agnati sunt, quam quod sunt in numero liberorum, qui ex primo acquirente descendunt. Id quod ex eo quoque apparet, quod ipsi agnati in paternum, non agnatitium seu fraternum feudum succedere ubique in libris feudorum dicuntur: Atqui vero liberorum in successione feudi ea conditio est; ut nepotes in vicem & locum sui patris succedant, d. tit. 8. in pr. & d. 19. §. ult. lib. 1. F. Unde sequitur, quod & nepotes ex fratre una cum patruis suis demortuo patruo in ejus feudum paternum succedant, etiam si ex pacto & providentia feudum illud fuerit: quod solum feudum re ipsa placita feudorum agnoscunt, non etiam hereditarium & mixtum feudum, docente Hartmanno Pistoris lib. 2. quest. jur. q. 1. n. 10. & seqq. Atque ita sentiunt. Bald. conf. 263. vol. 2. Panormit. conf. 85. vol. 1. & conf. 3. num. 4. vol. 2. Aretin. conf. 162. Cornens. conf. 24. & conf. 131. volum. 2. & conf. 232. volum. 4. Socin. sen. conf. 252. vol. 2. Brun. conf. 70. & 71. Taris. conf. 3. num. 42. volum. 1. Roland. à Valle conf. 68. num. 29. volum. 1. Tiraquell. de primogen. quest. 40. num. 20. Decian. consil. 28. num. 34. vol. 1. ubi hanc sententiam veriore & communiore esse pronuntiat: quam etiam defendit D. Bocerus d. c. 5. disp. 18. th. 27. ad lit. b. edit. 2.

Porro illud hic non omittendum est: quod collaterales, sive transversi ordinis agnati, in feudum duntaxat antiquum seu paternum, non etiam in feudum noviter acquisitum, succedant. d. tit. 11. §. his vero deficientibus. tit. 14. 15. & 26. in princ. tit. 45. 49. & 50. lib. 2. feud. tit. 1. §. cum vero. vers. si autem unus. tit. 8. §. ult. tit. 12. & tit. 20. lib. 1. feud. Forst. lib. 8. de successione. ab intest. cap. 1. num. 3. Et in tantum agnatus agnato suo defuncto in feudum novum non succedit; ut, licet cum eo communiter & simul feudum illud acceperit: ad ejus tamen portionem non admittatur. d. tit. 1. §. cum vero. vers. si autem. & tit. 14. §. si duo fratres. lib. 1. feudorum, & tit. 20. in princ. lib. 2. F. sed ejusmodi feudum, ut apertum, ad dominum revertitur, d. t. 20. lib. 1. F. d. tit. 11. §. his vero. vers. si enim Titii. d. tit. 14. d. tit. 15. & d. t. 26. in pr. lib. 2. F.

Enim vero certi sunt casus, quibus etiam novum feudum ad vasalli defuncti agnatos transit. I. est, si pacto 411 investiturae nominatim convenerit, ut frater ad novum 412 feudum fraternali successione admittatur, d. t. 1. §. cum vero. vers. si autem. ibi, nisi hoc nominatim dictum sit. & d. t. 8. §. ult. ibi, nisi hoc fuerit dictum expressim. & d. tit. 20. ibi, nisi per investituram, &c. lib. 1. feudor. & d. 12. ibi, nisi facta fuerit eo pacto investitura. & tit. 18. ibi, ut quamdiu ipsi, &c. juncto versic. ult. lib. 2. feudor. II. Casus est: 413 si unus fratrum, qui simul habitant, feudum novum ex communibus bonis utriusque nomine acquisierit, domino conditionem fratrum haud ignorante. d. tit. 20. ibi, vel nisi beneficium de communibus bonis, &c. lib. 1. feud. Quod si vero unus ex fratribus feudum quidem novum acquisierit, sed non & communi pecunia & domini consensu: illo mortuo, feudum ipsius ad fratrem alterum non pertinet, sed ad dominum revertitur: tametsi vivo fratre fructus feudi, si simul ipsi fratres habitaverint, com-

- communes sint, per textum in d. tit. 12. §. si duo fratres. lib. 2. feud. Vult. lib. 1. de feud. cap. 9. n. 106. vers. tertio, 414 si fratre, &c. III. Casus est: si duo fratres feudum aliquod communiter in hostem domini acquisierint; ut scilicet communibus equis & armis dominum contra hostem juvent; textus est in d. tit. 20. in fine. lib. 1. feudor. Quod si verò simpliciter unus fratrum acquisierit feudum in hoc, ut equis & armis dominum juvet; licet cum fratre suo equos & arma illa communia habeat: ei tamen sine filiis mortuo, alter frater in feudum illud non succedit: ne fortè dominus alium, quàm quem voluerit, sibi acquirat vasallum, per text. in d. tit. 12. §. quod si cum equis. lib. 2.
- 415 feudorum. IV. Casus est: si consuetudine vel statuto cautum sit, ut transversales etiam in feudum novum succedant, arg. tit. 1. in princ. lib. 2. feudor. & l. de quibus 32. ff. de legibus. Schrader. in tractat. feud. part. 7. ca. 7.
- 416 num. 5. V. & ultimus est casus: si in investiturâ novi feudi adjectum fuerit, ut hoc feudum jure antiqui sive paterni feudi censeatur. Hac si quidem specie omnes transversales illius, qui feudum acquisivit, in feudum succedere, multiplex suadet ratio. Tum quia natura cujusque feudi, pacto investituræ immutari potest. tit. 18. &
- 417 tit. 48. lib. 2. feudor. Tum quia dominus, quando jure paterni feudi, novum alicui concedit feudum, jus suum remittit: quod ei planè liberum & integrum est: cum quisque rei suæ legem dicere possit, l. in traditionib. 48. ff. de pactis, & l. legem, quam dixisti. 10. C. eod. & quilibet rei suæ moderator & arbiter intelligatur, l. in re man-
- 419 data. 21. C. mandati. Tum quia donatio mortis causa ita fieri permittitur, ut nullo casu ejus sit repetitio: quæ donatio quoad effectum, ut scilicet revocari nequeat, perinde habetur, atque alia quævis donatio inter vivos. l. si alienam. 13. §. 1. & l. ubi ita donatur. 27. ff. de mortis
- 420 caus. donationib. Tum denique quia illud etiam, quod novum est, pro antiquo haberi potest. l. quicumque desertum. 7. in pr. ibi, & velut domesticum, & avita successione quasitum. Cod. de omni agro deserto, &c. lib. 11. D. Bocerus d. class. 5. Disp. 18. th. 27. sub lit. g.
- 421 Neque in contrarium movet quicquam, quod pactum istud, ut videlicet feudum novum censeatur jure paterni feudi, rei veritatem non immutet, arg. l. si forte. 8. in fin. ff. de castrens. pecul. l. non nudis. 14. C. de probationib. & l. si donatione. 13. C. de collationib. Quamvis enim ejuscemodi feudum novum, si rei naturam spectes, reverà antiquum sive paternum feudum non sit: effectum tamen juris si consideres, pro paterno feudo habetur, eademque illius hoc casu qualitas reputatur. Et ita tradunt Bald. in c. 1. in princ. de alienat. paterni feudi. Praposit. in c. 1. de gradib. succed. in feud. Alexand. consil. 10. lib. consil. 51. num. 17. lib. 4. Matth. de Affl. et. decis. Neapol. 282. Paris. consil. 17. libr. 1. quos refert & sequitur Schraderus d. part. 7. n. 5. in fine. item Mynsing. cent. 4. obs. 84. & Gail. libr. 2. observ. 50. a ique plures per hunc allegati.
- 422 De eo mirabile magnumque Doctorum certamen est: Si duorum pluriumvè fratrum filii, numero diversi, soli (nullo patruo vel avunculo superstite) extent: an illi defuncto suo patruo in stirpes, vel in capita succedant? Et in stirpes succedere, tradiderunt Accursius, Bartolus, Dynus, Angelus, Corneus, Jacobus de Arena, Guilhelm. de Cuneo, Franc. de Ramponibus, & Raph. Fulgosius in Auth. cessante. C. de legitimis heredib. & alibi. Ioan. Andr. ad Speculat. de success. ab intest. §. 1. vers. sed an filii, & Matth. Matthæyl. in tract. de success. ab intest. art. 3. princip. n. 12. vers. sed contrariam partem, &c. & ibidem addit. Ludovic. Bolognin. incip. quest. hac quotidiana. n. 12. & seqq. Gerhard. Mulert. in addit. ad Rolandin. Passager. in tract. de success. ab intest. num. 16. & seqq. Andr. de Ifern. Bald. & Martin. Laudens. ad tit. 11. de success. frat. lib. 2. feudor. Jacob. de S. Georg. in tract. feud. in verb. presentes & recipientes. num. 13. Curt. juni r. in tract. feud. part. 3. membr. 3. num. 53. Sonsbecc. de feud. part. 9. num. 100. & seqq. Ioannes Lignan. in Clement. plures, ext. de jure patronat. Ioan. Faber. in §. ceterum. infr. de legitima agnator. success. Guido Papa decis. 134. incip. sed qualiter, &c. Ruinus consil. 8. in fin. lib. 1. Guilhelm. Benedictus in cap. Raynuitus. in verb. & uxorem. num. 631. ext. de testament.

S. Iphan, Bertrand. in l. 1. ac edictali. 6. vers. quam observationem. num. 4. Cod. de secund. nupt. Rochus Curtius in tract. de jure patronat. vers. ipse velis. à quo causam habuit. quest. 2. Fabianus de Grochis in repetit. Auth. novissima. in §. question. quarta quest. princip. C. de inofficios. testam. Anton. Faber in disp. solertis. quam addidit Tractatui de variis debitorum solutionibus. Bachov. in suis not. ad vol. 2. Trentleri. disputat. 5. lib. 1. pag. 1056. Ioan. Olenndorp. in Epitom. de success. ab intest. num. 20. Nicolaus de Ubald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 2. Anton. Contius lib. sing. de hered. & bonor. poss. pag. 104. & seqq. Cravett. consil. 966. lib. 5. Hippol. Riminald. consil. 31. num. 47. lib. 1. Federicus Scotus consil. 18. lib. 2. Tiraquellus in Comment. de retractu lignagier. §. 11. gloss. 12. num. 5. ubi complures Interpretes coacervat, qui ab isthac opinione, utpote communi, in judicando non discedendum esse, autumant. Et eandem naturali rationi & æquitati consentaneam esse, haud obscure innuit Forsterus in 8. de successib. cap. 3. n. m. 3. in fine. E contra verò in proposito themate fratrum filios in capita (etiam in feudis, quippe cum hic casus expressè feudorum placitis decisus non sit) admittendos esse, non in stirpes, censuerunt. Azo in summa Cod. de legitimis heredibus. num. 7. Jacobus Butrigar. Cynus, Odofredus, Albericus Castrensis, Obertus de Bobio, & Salicetus in d. Auth. cessante. Cod. de legu. heredibus. Idem Salicetus & Ioannes de Monte in Auth. post fratres. Cod. eod. tit. Hostiens. in summa tit. de success. ab intestat. §. viso igitur. colum. ult. Fortunius Garzia in repetit. l. Gallus. 29. §. idem credendum. col. m. 19. vers. ex superiori. us ff. de liber. & posthum. Zasius libr. 1. singulor. resp. cap. 7. & in Epit. feud. part. 8. n. 18. & tom. 1. consil. 4. Hotoman. in questionib. illustrib. quest. 14. Covarruv. in Epitom. de success. ab intestat. num. 8. Rebuffus in proæmio Constit. Regiar. gloss. 5. num. 81. Vasquius de success. resol. libr. 2. §. 13. n. 33. Ioannes Spiegelius in Lexico juris. in verb. in capita succedere Cujac. lib. 2. de feud. tit. 11. & consultat. 4. in fin. & in fragment. Ulpian. tit. 26. §. 4. citans ibidem Constantinum. Harmenopul. lib. 5. Epitomes. tit. 8. Duarenus in consuetud. feud. cap. 8. num. 10. & cap. 11. n. 14. Mynsinger. cent. 3. observ. 64. & in §. hoc etiam addendum. n. 5. infr. de legitimâ agnator. success. Maturinus Montanus de heredib. ab intest. venientib. reg. 29. Grassus in libro commun. opinion. §. successio. ab intest. q. 30. num. 4. Cephalus. consil. 431. lib. 3. Anton. Tessaure. decis. Pedemont. 162. hosque referens Fachinaus libr. 6. controvers. jur. c. 3. Quibus addendi sunt Wesenbeccius ad §. cum filius. num. 6. infr. hoc tit. & consil. 84. vol. 2. Vaudus lib. 1. var. question. q. 24. Borcholt. in tract. de gradib. cap. de success. transversal. p. 241. & in tract. feud. cap. 7. part. 2. num. 29. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. c. 4. pag. 405. ibique Hülliger in suis notat. ad lit. L. Rittershus. lib. 1. partitio. feudal. c. 16. quest. 9. & seqq. in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 13. num. 13. & cap. 14. per totum. Ludovic. Molina tom. 1. de justit. & jur. tract. 2. disp. 146. n. 12. & seqq. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 36. Berlichius part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 24. num. 26. Berens disputat. 8. ad Institut. them. 3. question. 2. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intestati. tit. 3. num. 5. Ioan. Georg. Majer. in synopsis. Jurisprud. beneficiar. sect. 3. c. 9. reg. 40. num. 140. pag. 68. Franzkius exercitat. jurid. 8. q. 9. pag. 242. & seqq. Arumans Exercitat. Justin. 11. th. 12. Schrader. in tract. feud. part. 7. c. 7. n. 16. B. cer. hic num. 109. pag. 75. & class. 3. disput. 10. th. 46. edit. 2. Hackelman. illustr. quest. disp. 18. th. 18. ad lit. b. Jacob. Schegk in delibat. jur. Disp. 14. th. 58. lit. b. Schurcrinus in tract. de hereditatib. quæ ab intest. defer. tit. 12. de success. collateral. reg. 3. dilatat. 5. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num. 29. Heigius hic in tertio ord. de success. collateral. num. 20. Vult. hic n. 44. & lib. 1. Jurisprud. Rom. c. 74. n. 17. Bronchorst. cent. 2. assert. 52. edit. 1. Hænonius Disp. 12. controvers. 11. Roberus Disp. 12. th. 10. Giphanius ad lib. 3. Instit. Disput. 23. th. 44. & ibi in suis Olemannus num. 19. Ranchin. de success. ab intest. §. 13. n. 14. cum seqq. Plebst. Disp. 4. de jure topico Würtem. th. 96. ed. 1. Antonius de Rosell. in tract. de success. ab intest. num. 111. Henning. Gaden. consil. 68. Matth.

Stephani cent. 3. quæst. 12. Ungepaar. exercit. Justin. 9. quæst. 6. pag. 305. edit. ult. Treutler, d. vol. 2. Disput. 16. th. 5. lit. b. Schröter. decad. 6. diatrib. domesticar. q. 9. Andr. Gerhards Decad. 11. q. 9. Barter. decad. 5. q. 1. Hartm. Hartmanni pract. observ. tit. 32. observ. 10. Forster, junior. part. 1. disput. Instit. disp. 15. th. 9. Wegnerus Disputat. 9. ad Instit. th. 4. sub lit. d. D. Martatom. §. digestor. novissimorum. tit. successio. cap. 136. fol. 120. Grivellus decis. Senatus Dolani. 130. num. 12. cum seqq. fol. 361. & seqq. & Adamus Kellerus in tract. de jure succedendi ab intest. tit. 20. num. 22. & seqq.

Quæ sententia (quam & ego juri magis consonam, magisque communem, proindeque semper in judicando sequendam esse, libenter fateor) tot & tantis stipata Auctoribus, probatur per luculentos textus in l. 2. §. 2. ff. de suis & legit. heredib. in l. 1. §. fin. ff. si pars hereditat. petat. l. penult. in fin. C. de legit. heredib. & in §. hoc etiam. 4. infr. de legitimâ agnator. success. & apud Ulpianum in fragment. d. tit. 26. §. agnatorum. & apud Cajum lib. 2. Instit. tit. 8. §. item si moriatur quis, &c. Qui textus cum jure Novellarum correcti aut immutati specialiter non sint: merito illis standum erit, argumento l. precipimus. 32. §. ult. C. de appellationib. & l. sancimus. 27. ibi, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur. C. de testament. Quinimod eadem sententia non difficulter evincitur ex Novell. 118. c. 3. vers. hujusmodi verò privilegium. cum vers. sed & ipsis, &c. ubi Justinianus de nepotibus ex fratre, quicum patris in successione concurrunt, duntaxat loquitur, & disponit; ut fratrum filii cum patris in stirpes succedant jure representationis. Ergo argumento à contrario sensu ducto, si fratrum filii cum patris non concurrant, sed soli existant: in capita, non in stirpes, patruo defuncto succedent, arg. l. 1. ibi, hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est juris d. l. si procuratorem §. si ignorantes. 7. juncto §. seq. vers. igitur. ff. mandati. & l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. de testament. qui t. stam. fac. poss. Idem præterea suadere videtur ratio illa solidissima: Hereditas inter eos, qui pari gradu distant, pariter æqualiterque partienda est, d. l. 2. §. hæc hereditas. 2. ff. de suis & legit. hered. Cum igitur fratrum filii pari gradu à patruo distent: æqualiter quoque, sicque in capita, & secundum numerum personarum, hereditatem inter se distribuent.

426 Adde, quod tum demum divisioni in stirpes locus est, cum ad eos hereditas defertur, qui è defuncti stirpe, id est, sobole ac progenie sunt: veluti cum avi hereditas ad ejus nepotes aut pronepotes defertur. §. cum filius. 6. infr. hoc tit. Fratris autem filii ex patrui stirpe ac progenie non sunt. Ideoque absurdum est, hereditatem ejus dici posse in stirpes dividi. Hancque decisionem non solum Galliarum Parlamenta receperunt, teste Hotomano d. quæst. 14. sed & Caroli V. Imp. constitutio Germanica, in Comitiis Spirensibus An. 1529. promulgata, expressè confirmavit. Eandem quoque sequitur & comprobatur jus renovatum Ducale Wirtembergicum part. 4. tit. 21. pag. 506. §. So aber das Abgestorben / &c. nec non jus Saxonicum Landrecht lib. 1. art. 17. vers. Wenn sich aber ein Erb &c. Henni g. Gæd. consil. 68. num. ult. Zobel. part. 3. Disput. 17. num. 18. Fachs. differ. 38. part. 1. Reinhart. differ. 54. part. 1. eosque referens Berlichius d. part. 3. concl. 24. num. 28.

427 Huic ita stabilitæ assertioni minimè adversatur d. Novell. 118. c. 3. vers. si autem defuncto ubi dicitur, fratres & fratrum filios in hereditate patrui succedere in stirpes. Nam tum demum fratrum filii in stirpes succedunt, quando unâ cum suis patris & avunculis ad hereditatem patrui vocantur. Hoc siquidem casu fratrum filios beneficio representationis succedere, non dubium est: cujus representationis hic perhibetur effectus, ut divisionem in stirpes inducat. Nostra autem quæstio est, cum soli patruus seu fratrum filii inter se patruo succedunt: quâ specie jure proprio, & ex suâ personâ, non alieno beneficio succedere censentur: proindeque in capita hereditas dividenda venit.

428 Nec obstat textus in vers. unde consequens. d. cap. 3. ubi habetur, fratris filios patruo, ex altero latere defuncto conjuncto, præferri: atque adeo filios fratrum, utrinque

defuncto conjunctorum, patruo jure representationis, sicque in stirpes succedere. Facile enim conceditur, eo in casu filios fratrum in stirpes succedere: quia jure representationis patris sui demortui succedunt: alioqui fratres defuncti, ex uno latere tantum conjunctum, unoque gradu præcedentem, excludere non possent. Et iste casus novus atque singularis est, de quo hic non agitur. Verum nostra disquisitio est, quando soli extant filii fratrum: nullus frater defuncti prorsus, neque utrinque, neque ex uno latere tantum conjunctus superest. Quo casu ut ipsi filii succedant, nullâ patris sui representatione opus habent: & consequenter, cum ex personâ propriâ ad successionem vocentur, ea in capita secundum jus antiquum dividetur.

Pariter nihil movet vers. illud palam est. in d. Nov. 118. 429 c. 3. ex quo liquet, fratrum filios in locum suorum parentum succedere, & patruos atque avunculos defuncti excludere. Nos etenim in illo versamur casu, ubi liberi duorum pluriumve fratrum, defuncto ex utroque latere junctorum, soli existunt. Hi sanè parentes defunctos non repræsentant. At secus est, quando patruus & avunculi (quos patruos & avunculos magnos nominamus) ipsius defuncti existunt. Hic duorum fratrum liberi repræsentant patres demortuos: & propter representationem in secundo esse gradu finguntur, atque ita defuncti patruos, qui in tertio sunt gradu: excludunt, d. versic. illud palam, &c.

Minus urget generalitas textus in vers. hujusmodi verò. in d. c. 3. ubi representationis beneficium, fratrum & sororum filiis in genere tribuitur, sicque satis apertè indicatur, illud ipsis competere sive sint soli, sive cum patris succedant. Quia generalitas illa secundum ea, quæ præcedunt, intelligi debet. Ex præcedentibus autem constat, fratrum filios repræsentare parentes, quando fratres & sorores utrinque defuncto conjuncti conjunctive extant. Quin etiam ex verbis subsequens in vers. sed & ipsis, manifestissimum evadit, ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferri, quando cum propriis thiiis, hoc est, patris, materteris, amitis & avunculis vocantur. Ubi particula tunc extremitatem temporis significat, l. si his legatum. 4. in fin. ff. de condit. & demonstr. & præcisè successionem in stirpes restringit ad eum casum, quo fratrum filii cum patris concurrunt. Nec rectè regeitur, Justinianum in d. vers. sed & ipsis. hoc velle, non tantum filios fratrum, quando soli sunt, succedere in jura suorum parentum; sed tunc etiam, quando simul cum patris succedunt in successione patruus mortui: idque probari ex copulativâ illâ, Et, quæ sine causâ ibi posita non sit, sed emphasim habeat. Siquidem si voluisset Imperator id obtinere solum in casu, quo cum suis patris illi succederent, & tunc demum in locum parentum suorum succedere; non dixisset, sed & ipsis: sed dixisset, ipsis fratrum filiis (neglectâ copulativâ. Et,) tunc hoc beneficium conferimus, &c. Aliàs Justinianus culpandus esset, tanquam superflua scripsisset: cum idem jam supra scripserit in d. vers. hujusmodi, &c. Hoc, inquam, non rectè regeitur. Quandoquidem nihil superflui hic scripsit vel dixit Justinianus: quia in d. vers. hujusmodi hoc ipse statuit, ut hujusmodi privilegium solis filiis fratrum, & non ulterioribus, concedatur. At in vers. sed & ipsis. aliud statuit, ut nempe ipsis quoque fratrum filiis tunc illud competat beneficium, cum ad successionem cum patris vocantur. Et sic cum diversa utrobique statuerit: non potest superfluum videri. Quod verò dictionem illam, ET, attinet: ea non malè posita est in hoc sensu; quoniam hoc vult Imperator, solis fratrum filiis privilegium illud competere, & non aliis: sed & ipsis tunc solum competere, quando ad successionem cum propriis patris vocantur. Quo sermone beneficium illud, quod antea videri posset absolute filiis fratrum competere, ad certas personas, & ad certum casum restringit. Qui enim successionem in patris locum tribuit solum tunc, cum succedunt fratrum filii cum superiore gradu sive patris suis: apertè iis, qui cum aliorum fratrum filiis pari gradu succedunt, denegat, arg. præallegata l. 1. vers. hujus res. ff. de offic. ejus, cui mandata est juris d. & similia.

Rursus non refragatur §. si verò neque fratres, in d. No. 432 vel. 118. cap. 3. ibi cum tradatur, successionem in capita post

post fratres demum, & fratrum liberos admitti: ex eo inferri videtur, quamdiu vel fratres, vel fratrum liberi extant, non in capita, sed in stirpes succedi. Nam illic Justinianus quidem constituit, vocari cognatos in capita hac conditione, si defunctus neque fratres, neque fratrum filios reliquerit: sed disertè addit, *sicut diximus*. Quâ adjectione de filiis fratrum omnem dubitationem sustulit. Declarat quippe eâ adjectione, se non loqui de his separatim inter se & solis succedentibus: sed succedentibus unâ & conjunctim, cum fratribus defuncti. De illis enim hætenus dixerat, ut eos vocaret solum cum defuncti fratribus. Cæterum quid juris esset, si soli fratrum filii existerent, nec ad alterius exclusionem venirent: nullibi in d. Nov. 118. exposuit: proindeque istum casum dispositioni juris veteris reliquit, *dd. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellationibus*.

Nihil insuper resistit, quod Justinianus in d. §. si verò neque fratres. nihil novi constituisse videatur, si duorum fratrum liberos in capita succedere dicamus. Etsi enim Imp. Justinianus eâ in parte nihil novi sancivit: inutilis tamen propterea constitutio non fuit. Ex eâ siquidem perspicere licet, quid idem Imperator juris antiqui aliis in articulis abrogaverit, & quid juri antiquo convenienter statuerit. Neque verò ulla necessitas est, ut per novam constitutionem jura vetera omnia correctæ esse putentur: sed satis est, si in aliquibus correctæ, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata fuerint, *docente Fachineo d. lib. 6. controu. jur. c. 3. in fine*.

433 Similiter non repugnat nostræ sententiæ, quod fratrum filii avo in stirpes succedant, §. cum filius. 6. infra hoc tit. Eo namque casu avi hereditatem illi nomine alieno consequuntur, quasi à suo patre transmissam: qui etiam vivo avo quodammodo dominus fuit bonorum patris, §. sui autem. 2. vers. sed sui quidem. s. de hered. qual. & diff. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. hered. instit. ut non tam hereditatem dividere, quam liberam ejus administrationem consequi videantur. Sed diversum est, cum fratrum filii patruo succedunt: quippe cum pater eorum in bonis fratris defuncti nullum omnino jus habuerit.

434 Adhæc nihil negotii faceffit, quod objicitur: si patrueles soli, succederent patruo in capita: inde hoc absurdum sequi, quod necessum esset, eos concurrentes cum patruo superstitite succedere difformiter, scilicet cum patruo in stirpes, inter se autem in capita: atque adeo unius & ejusdem hominis hereditatem modò in stirpes, modò in capita dividi. Etenim negatur, absurdum esse, unius ejusdemque hominis hereditatem variè, pro casuum & personarum varietate, dividi; hoc est, modò in stirpes, modò in capita. Nam etiam antiquo & perpetuo jure, cujus hominis hereditas, si ex duobus filiis nepotes succedebant, in stirpes dividebatur, ejusdem hereditas, si fratrum filii, & (ut vulgus loquitur) ex fratribus nepotes succedebant, in capita dividebatur, l. 1. §. si filiis. & seqq. l. 2. §. 2. ff. de suis & legitimis heredib. l. Papinianus. 8. §. quoniam. ff. de inoffic. testam. Hotoman. d. q. illustr. 14. ad finem. Rittershus. d. lib. 1. part. feudal. cap. 16. quest. 13. p. 246. Præterea non valet hæc consequentia: Fratrum præmortuorum liberi succedunt unâ cum patruo in stirpes: ergo succedunt quoque in stirpes, quando soli concurrunt. Illo namque casu ideo in stirpes succedunt: quia jure representationis ad defuncti hereditatem perveniunt, nec aliter admitterentur: quoniam cum patruo, gradu proximiori defuncto conjuncto, succedunt: à quo excluderentur, nisi ita jure representationis succederent.

435 At soli concurrentes succedunt in capita: quoniam suo jure succedunt, ut supra aliquoties monitum. Illic concurrunt diversi gradus personæ: hîc verò personæ gradus ejusdem. A separatim proinde propositum argumentum procedit: & consequenter nihil validè concludit, arg. l. ult. ff. de calumniatorib. l. duobus. 25. ff. de testam. tutel.

436 neg. natales. 10. C. de probationibus. Denique minimè obstat *Auth. cessante. C. de legitimis heredib.* ubi disertè dicitur, cessante successione lineæ descendens, & ejus, quæ sola sit ascendens, vocari primò fratres, fratrisque præmortui filios in stirpes. Primò enim Auctor istius Authentice, quisquis ille fuerit, malè eam & mutilatè ex d. Nov. 118. c. 3. concepit: & ideo, quia cum fonte & textu,

unde derivata & excerpta est, non concordat, auctoritatem nullam habet. Deinde verba illa (*vocantur primò fratres, fratrisque præmortui filii in stirpes*) non disjunctim, sed conjunctim intelligi debent: ut sensus sit, fratres defuncti, fratrisque filios, simul concurrentes, succedere in stirpes: id quod verum est, & à nobis haud negatur. *D. Hunn. d. lib. 3. tract. 1. quest. 36. in fine*.

Quemadmodum autem duorum fratrum liberi, cum soli sunt, patruo suo in capita succedunt, ut ad longum hætenus explicatum est: ita iidem patruo suo magno, id est, avi fratri, tam in allodialibus, quam feudalibus, succedere non malè dicuntur: cum utrobique eadem militet ratio: quod scilicet jure & nomine proprio, tanquam proximiores, non jure representationis, ad successionem veniant. Atque ita in quadam facti specie responsum fuisse, testatur Joannes Borcholt, d. tract. feud. c. 7. part. 2. n. 83. quem refert & probat D. Bocerus class. 5. Disp. 18. sub thes. 29. in fine. edit. 2. item Berlichius. d. part. 3. conclus. 24. n. 31.

Sanè fratres legitimi tantum, tum demum mutuo successionis jure utuntur, cum ab aliquo ascendentium sunt adoptati, l. pen. §. & ideo. Cod. de adoptionib. Forst. lib. 8. de successione. c. 14. n. 3. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num. 41. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 37. Naturales tantum, nec non spurii, ab uno eodemque procreati, diversas autem matres nacti, jus hereditatis mutue non habent: licet de illis, qui eadem matre editi sunt, aliud sit statuendum. §. vulgò. infr. de success. cognator. l. 2. & l. si spurii. 4. ff. unde cognati. Didac Covarruv. in Epitom. in quart. lib. Decretal. part. 2. c. 8. §. 5. n. 19. Ex coitu tandem legibus damnato natis, sibi invicem succedere nullo jure permittitur, *Auth. ex complexu. Cod. de incest. & inutilib. nupt. Nov. 74. c. ult. & Nov. 89. c. ult. Forster. d. lib. 8. de success. c. 13*.

Quod si porro defunctus fratres sororesve utrinque copulatos copulatasve non reliquit, nec etiam eorundem liberos: ad hereditatem ejus ex altero tantum parente juncti, seclusis patruis, avunculis, & aliis similibus, haud dubiè admittuntur, *Auth. post fratres autem. C. de legit. hered. Nov. 118. c. 3. vers. his autem non existentibus. & c. Schneidevvin. hic in tertio ordine succedendi. n. 20. Oliver. de success. ab intest. n. 88. vers. non existentibus. autem fratribus. & c. Berlich. d. conclus. 24. n. 71. & seqq.* Quod & jure nostro renovato Würtembergico procedit, part. 4. tit. 21. §. Wann aber der Abgestorben. p. 507. & seq. Hinc si fratrum filii ex uno latere, & nepos ex duplici vinculo concurrant: illi soli, hoc excluso, heredes erunt, d. Nov. 118. c. 3. §. si verò neque fratres. & d. *Auth. post fratres. ibiq. Dd. Cod. de legit. hered.* Quod tamen jure Würtembergico non æquè est receptum. Siquidem eo jure omnes fratres, fratrumque filii ex uno latere, & nepos (non itidem pronepos) ex duplici copulâ, simul ad hereditatem vocantur, d. tit. 21. §. Sollte aber der verstorben. & c. p. 511. Plebst. disp. 4. de jur Topico Würtemb. th. 134. edit. 2.

At quid pronuntiandum, si defunctus fratrem consanguineum, hoc est, ex eodem patre progenitum, itemque fratrem uterinum, id est, ex eadem matre natum reliquerit? Hac specie utrumque fratrem ad defuncti fratris hereditatem vocari, frequentius placuit: ita tamen, ut consanguineus solus habeat bona à patre; uterinus contra à matre quasita: in reliquis bonis communiter partis, ex æquo admittantur. Et huic pronuntiato fundamentum satis solidum positum est in l. de emanc. 13. §. cum enim. vers. exc. C. de leg. her. Quæ lex cum jure novissimo non reperiatur nominatim & expressè correctæ aut mutata, cur stare prohibeatur? arg. l. sanc. 27. C. de test. & l. præ. 32. in fin. C. de appell. & l. un. ibi. leg. legib. conc. prompt. est. C. de inoffic. dot. Unde vulgò, & quidem non in scitè, dici solet, paterna paternis, materna maternis deferri. Eoq; pertinet versiculus:

Maternis cedant materna; paterna paternis:

Eamque concordib. calculis sententiam comprobarunt Accurs. in d. *Auth. post frat. super verb. filii eor. C. de l. her. & in Auth. itaq. mort. in verb. ex utroq. par. ibiq. artol. C. com. de success. Id. Accurs. in Nov. 84. c. 1. §. 1. in verb. mel. & ibid. Cuj. Azo in summa C. de legit. her. n. 9. Dynus Mugellanus in tractat. de successione. ab intestat. num. 17. Rolandinus Passagerius in tractat. de successione. ab intestat. num. 20.*

Cynus Pistoriens. in eod. tract. part. 3. num. 8. & 9. Matthaeus Syllanus in tract. de success. ab intest. 2. art. princ. num. 8. & ad eundem Ludovicus Bologninus in suis additionib. Angel. Aretin. num. 5. Iohan. Faber. num. 2. in §. si plures. infr. de legit. agnator. success. & idem Faber in Breviario Cod. ad d. Auth. itaque. C. de legit. heredib. pag. 306. Ioh. Petr. Ferrar. Practicus in formâ libelli, pro hereditate ab intestato delata in verb. nullisq. superstitibus ex eo liberis. num. 29. Hartmann. Hartmanni libr. 2. pract. observ. t. 43. observ. 3. n. 13. Ant. Gabriellus Rom. com. concl. lib. 4. t. de success. ab intest. 9. conclus. 3. n. 3. & 4. Iason. in l. post dotem. 41. n. 106. & seq. ff. solut. matr. Alex. consil. 5. incip. consideratis. col. 2. vers. sed hac confirmo. lib. 6. Ranchin. de success. ab intest. §. 13. n. 8. Tiraq. de retract. lign. §. 14. gl. 2. n. 4. Bertachin. in suo Repertorio. in verb. fratres uterini, &c. Covarruv. in Epitom. de successionib. ab intest. n. 8. vers. tertio. &c. Grassus in thes. recept. sent. quæst. 32. n. 1. in §. successio ab intestato. Schurff. consil. 91. incip. visis & diligenter. n. 4. cent. 3. Donell. libr. 9. Comment. de jure civ. cap. 4. pag. 405. D. Bocer. class. 3. disput. 10. th. 44. edit. 2. & in hoc tit. num. 114. p. 76. Forster. libr. 8. de successionib. q. 8. n. 2. & 4. Pfeil. consil. 116. Petr. Greg. Tholosan. in syntag. jur. part. 3. lib. 45. cap. 11. n. 7. Borcholt. in tract. de gradibus c. de success. transversal. pag. 244. Ambros. Schürer. in tr. de success. tit. 12. ampliat. 7. Trentler. vol. 2. disp. 16. th. 5. lit. C. Vultejus hic n. 45. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. num. 32. Modest. Pistoris consil. 31. quæst. 3. n. 38. 39. 43. cum seq. vol. 1. & noviter Matthias Berlichius part. 3. conclusio- num practicable. conclus. 20. num. 4. & seqq. ubi istius con- clusionis quasdam restrictiones adducit. Quorum Docto- rum tam veterum, quam novorum, eorumque gravissi- morum traditioni merito etiam subscripsit Collegium Ju- ridicum Altorfinum, Respons. 17. Et quamvis non desint ex Interpretibus, qui contrariæ opinioni patrocinantur, sicque nullam in præsentī casu bonorum separationem in- stituendam esse contendunt: quorum antesignanus per- hibetur Placentinus Glossator, quem sequuntur Raynerius de Forolivio, Baldus, Salicetus, Fulgosius & Corneus in dict. Auth. itaq. C. commun. de success. Fachinaus lib. 6. contro- versiar. jur. cap. 5. D. Nicolaus Varenbülerus, Collega olim meus honorandus, in consilio quodam inter Altorfina rela- to. 16. huncq. laudans Plebst. d. disput. 4. de jure Top. Wür- temberg. th. 136. Bachovius in not. ad d. volum. 2. Trentler. dis. 16. lit. C. pag. 1058. Petrus Barbosa ad l. post dotem. 41. n. 71. cum seqq. ff. soluto matrim. Schifordegherus lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 14. quæst. 1. & 2. itemq. novissime Hun- nius d. lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 1. quæst. 37. Ada- mus Keller. in tract. de jur. succed. ab intest. tit. 20. num. 34. & seqq. Thomas Lindenmannus exercitationum Justin. 442 disput. 5. th. 39. attamen cum nostra decisio non solum manifesto juris textu, eoquenondum specialiter correcto (neque enim per Novell. 118. c. 3. generaliter & indistincte loquentem correctio, quæ per se odiosa, adeoque vitan- da est, c. cum expediat. 29. text. de elect. in 6. induci pot- est vel debet: cum in correctione specialis expressio de- sideretur, d. l. precipimus. 32. §. ult. ibi, specialiter non ut- 443 detur expressum. Cod. de appellat. & omissum à Justiniano, pro omissio habendum sit. l. sicum dotem. 22. in princ. & l. si verò. 64. §. de viro. 9. ff. solut. matrim. l. commodissime 10. ff. de liber. & posthumis. cum similib. Cothman. consil. 26. num. 4. vol. 1. Mundius consil. 20. num. 118. vol. 1.) corroborata sit: verum etiam communem applausum me- ruerit, ut vel ipsi adversariæ opinionis defensores faten- tur & agnoscunt: eo minus de veritate illius quisquam du- 444 bitare poterit. Eanamque opinio verior præsumitur, quæ à majori Dd. parte recipitur & approbatur. l. 1. in princ. ibi. sanè crebrior apud veteres opinio est. ff. de officio quæstor. l. 4. in princip. ibi, & generaliter omnes opinantur. ff. de his, qui not. infam. l. ita vulneratus. §. 1. in princ. ibi, dicitur vul- gò. ad L. Aquil. l. quasitum. 12. §. sed si fundus. 27. ibi, quam sententiam quotidie crescere & invalescere vide- mus. ff. de instruct. vel instrum. legat. Bartol. in l. ult. C. de pæn. jud. qui malè judic. Stephan. de Federicis in tractat. de interpret. jur. part. ult. n. 118. Alexander. consil. 7. n. 10. lib. 4. & consil. 19. n. 13. lib. 7. Decius consil. 480. Thomas Ferrarius in tr. cancel. cancel. 31. Alciat. in tr. de pres. reg. 1.

presumpt. §. 1. n. 1. Nevizan. lib. 5. sylva nuptial. n. 1. Mar- tinus Navarrus in manuali confessor. cap. 27. n. 287. & Io- annes Baptista Asin. in praxi de ordine judicior. §. ult. cap. ultim. num. 1. Quò pertinet, quò communis Dd. opinio 445 vim consuetudinis obtinere dicitur, secundum Bald. in cap. ne innitaris. ext. de constitut. & Menochium de presum- ptionibus. libro 2. presumpt. 71. n. 3. ubi eà de re explicatius dissertat. Denique hæc nostra sententia, quæ bonorum paternorum & maternorum separationem inter fratres consanguineos & uterinos inducit, non modò ab usu & observantiâ viridi non dissentit, ut testatur d. Responsum Altorfinum. 17. ad fin. & Ranchinus d. §. 13. n. 8. in fine. ve- rum etiam summo Consistorio nostro Würtemberg. nec non in Facultate Juridicâ Tubingenſi, quamdiu ego qui- dem cum aliis Dominis meis Collegis interfui, in illius- modi controversiâ decidendâ, exactè & notoriè hæcenus observata fuit: ita ut mirum sit, quosdam ex dissentien- tibus scribere non vereri; isthanc bonorum distinctio- nem hodie non tam jure, quam moribus & usu antiqua- tam ac abrogatam esse. Tametsi eam jus renovatum Wür- tembergicum haud obscure rejecerit, part. 4. tit. 21. §. Solte damit/ &c. ibi, ohne Unterschied/die Güter seven vom Vatter oder Mutter/ auff den Verstorbenen kom- men. pag. 509. Vide D. Besoldum in delibat. juris ex lib. 37. ff. quæst. 8. pag. 133. & seq.

Hujus loci propria & hæc quæstio est: an fratres utrin- 446 que conjuncti excludant fratres ex altero duntaxat paren- te junctos, in successione nepotis ex fratre prædefuncto? Et non excludere, sed simul omnes admitti, docuit pri- mò omnium Bartolus in l. post consanguineos. 2. §. legit. 4. ff. de suis & legit. heredib. quem secuti sunt Curtius junior cens. 46. col. 2. Antonius de Rosell. in tractat. de success. ab intest. num. 154. & seqq. Corneus in Auth. post fratres. col. 22. C. de legit. hered. Rubens consil. 102. Covarruv. in epitom. de success. ab intest. num. 9. Nicol. de Ubal. in tract. de success. ab intest. part. 3. num. 6. Borcholt. in tract. de gradibus. c. de success. transversal. pag. 247. & seqq. Schneidevvin. hic in tertio ord. succed. num. 34. Cujac. consultat. 4. & Ranch. in Comm. de success. ab intest. §. 13. num. 18. Ratio autem, cur frater consanguineus, & frater germanus ad successionem nepotis ex fratre præmortuo simul admittantur, hæc redditur, quia frater consanguineus & germanus in uno eodemque gradu existunt. Neque hîc duplicitas vinculi quidquam operatur: sed sola cognatio, proximitas & paritas gradus spectatur: h. e. non atten- ditur; quòd frater germanus ipsius defuncti patri ex utro- que parente; consanguineus verò ex altero tantum conjungitur. Nam ille respectus tunc habetur, quando de hereditate & successione defuncti fratris aut patruī agi- tur. Secus est, quando de successione nepotis, aut quâ aliâ, tractatur. Tunc enim omnes ex latere sive ex transverso 447 juncti, secundum gradus prærogativam, ad hereditatem ve- niunt: ita ut perpetuâ lege priores in gradu, potiores sine in successione: pares verò in gradu, pariter quoque & in viriles portiones succedant. Novell. 118. cap. 3. §. si verò. & Auth. post fratres. C. de legitimis heredibus. Fürstl. Würtemberg. erneuert Landrecht par. 4. tit. 12. §. Ferner wo die abgestorben/ & pag. 514.

Est & alia huic admodum affinis quæstio: utrum frater patruelis, sive consobrinus utrinque conjunctus, præferatur defuncti patruo aut avunculo, ex uno latere conjun- cto? Pone: erant tres fratres, Titius, Sempronius, Ca- 448 jus. Titius & Sempronius ex primo matrimonio procreati, & sic utrinque conjuncti: Cajus ex secundo, sicque ex uno tantum latere iis junctus. Titius decessit uno super- stite filio: Sempronius itidem altero filio, qui postea in- testatus mortuus est; superstitibus fratre patrueli, & pa- truo Cajo, ex uno duntaxat latere copulato. Quæritur de le- gitimâ successione inter hunc patruum & fratrem patru- lem: Cajus patruus vult succedere solus, tanquam proxi- mior, excluso consobriño, tanquam remotiori, cum sit in quarto gradu. Ex adverso contendit consobrinus, se so- lum legibus vocari, cum sit utrinq. conjunctus, & patruo po- tiorum esse, qui defunctum ex uno tantum latere contingat. Quid juris? Patruum præferri consobriño, eumq. excludere, verius est: cum ipse patruus in tertio sit gradu; consobrinus

in quarto. §. 3. & 4. *infr. de gradib. cognat. l. 1. §. tertio gradu. §. 5. & §. seq. l. Iurisconsultus. 10. §. tertio gradu. 14. & §. seq. ff. de gradib. & affinit. Coniunctio siquidem ex utroque latere (ut paulo ante monitum) in successione ab intestato tunc demum attenditur, cum fratribus aut patribus, aut parentibus succeditur: non verò, cum quaestio de successione fratris patrueles oboritur. Hoc enim casu connexos ex uno latere, cum coniunctis ex utroque latere æqualiter succedere, respondit Alexander *consil. 166. vol. 5. & Paul. de Castro cons. 368. quos refert & sequitur Guilielm. Ranchinus dicto Comm. de success. ab intest. §. 13. n. 19.**

De reliquorum agnatorum & cognatorum successione copiosius disputare nihil attinet: cum ea, ex generalibus regulis, ex iure novissimo depromptis, quas mox subjiciam, facile dijudicari possit. I. Agnati & cognati hodie simul succedunt, nullo inter eos habito discrimine: ut, sororis neptis cum fratris nepote: avunculi aut matertera filius, simul cum patru aut amitæ filio: avunculus magnus & matertera magna, cum patruo magno & amitâ magnâ: qui omnes sunt in quarto gradu, sed alii agnati, alii cognati, *auth. post fratres, fratrumq. filios. C. de legitimis heredib. Novell. 118. cap. 3. §. ult. II. Proximiores agnati aut cognati excludunt ultiores: ut sororis nepos, qui in quarto est gradu, fratris pronepotem, qui est in quinto, excludit: quamvis hic sit agnatus, ille cognatus, iuribus modo allegatis. Item avunculi filius excludit patru nepotem: patruus aut avunculus magnus, amita aut matertera magna propiores sobrino: cum illi sint in quarto gradu, hi verò in quinto. l. 2. Cod. de successorio edict. d. l. 1. §. quarto gradu. & §. seq. & d. l. Iurisconsultus. 10. §. quarto gradu. 15. & §. seq. ff. de gradibus & affinitibus. III. Nulla est inter eos differentia sexus: sed foemina simul cum masculis succedunt: & proximiores mulieres excludunt ultiores viros. *auth. post fratres autem. in fine. & Auth. seq. C. de legitim. heredib. d. Novell. 118. cap. 4. IV. Collaterales omnes, præter fratres, & fratrum filios, succedunt in viriles portiones, id est, in capita, nunquam in stirpes. dicta Novell. 118. cap. 3. §. ultim. d. auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legitimis heredib. Berlichius d. part. 3. conclus. 24. num. 84. & seqq. Riemer. decad. 8. quæst. illustr. 5. istasq. regulas recenset etiam Ranchinus. d. §. 13. num. 20.**

Illud hoc loco singulariter, alboque (quod ajunt) calculo notandum venit: quod si qua persona duplici ratione defuncto conjuncta sit, ea duas quoque hereditatis partes auferre queat. Ideoque si (exempli gratiâ) Titia tanquam neptis ex avunculo magno, & tanquam neptis ex amitâ magnâ, defuncto fuerit conjuncta: eam duas portiones ex ipsius hereditate accipere posse, credibile omnino & probabile est. Primò enim iuris est non incogniti: quod eo casu, quo duplex qualitas in unâ eademque personâ concurrat, illa persona pro duabus personis reputetur, & perinde habeatur, atque si illa duplex qualitas duabus diversis personis inesset. *l. si consul. 3. & l. seq. ff. de adoptionib. l. tutorem. 22. ff. de his, quæ ut indig. auferunt. l. quæstum. 16. ff. de in ius voc. l. procuratoris. 5. §. si plures. ff. de tributor. act. l. Titia textores. 36. ff. de legat. 1. l. legatis. 65. §. si unus. ff. de legat. 3. §. si tutor. 4. §. de inofficioso testament. l. cum quadam. 26. C. d. de administrat. tutor. cap. à collatione. 11. extr. de appellationib. in 6. Andreas Gail. in tract. de Arrestis Imperii. cap. 6. num. 14. & seqq. ubi hoc aliquot exemplis illustrat.* Atque hinc est, quod una eademque persona diverso respectu censeatur diverso jure. *l. ille. à quo. 13. §. fin. cum leg. seq. ff. ad SC. Trebellian. l. apud filium familias. 18. ff. de manumissis vindictâ. l. 1. §. sed & si præses. ff. quando appelland. sit. c. postulastis. 15. extr. de concessione prabendæ. c. cum capella. 16. & c. ex ore. 17. in fin. & utrobique notabilis gl. & Zabbar. ext. de privil. Crav. in tract. de antiq. temp. p. 4. §. absolutis. num. 34. & Everh. à Midelb. in top. legal. in loc. de tanquam seu respectivis. n. 24. Sicut etiam una eademque res diversis respectibus diverso jure censeatur. *l. miles. 75. §. pro parte. ff. de legat. 2. ubi in præallegatis pars habetur jure, hereditario pars jure leg. Panorm. in c. cum intua. in fin. ext. de decimis. Ripa in c. ult. n. 122. Cod. de revocand. don. Tiraguell. de retrahit. lign.**

§. 1. gloss. 18. n. 23. & §. 8. gloss. 5. n. 14. & idem latè in tract. de nobilitat. cap. 28. n. 13. Menoch. in tract. de recuper. possess. remed. 1. n. 36. ubi plures citat.

Secundò, quando duæ qualitates in eadem personâ simul concurrunt, quarum qualibet per se potest operari suum effectum: tunc una qualitas alteri non derogat; *arg. l. 1. §. consules. ubi Baldus. ff. de offic. consul. Socin. in l. cum filio familias. 11. n. 28. vers. secunda ratio. ff. de legat. 1. ibiq. Cravett. in 2. part. n. 395. hosq. referens Ioann. Petr. Surdus consil. 91. n. 19. item idem Surdus consil. 183. n. 42. & consil. 365. n. 22. ubi ita disertè respondit: Quando unus representat duplicem personam, & diversa jura habet secundum personam diversitatem; tunc unumquodq. jus consideratur per se, tanquam si duæ essent persone. Cum igitur Titia nostro in themate duplicem sustineat personam, duplexque successionis jus obtineat: consequens utique est; eam, si tanquam neptis ex avunculo magno unam portionem acceperit, non impediri, quò minùs & alteram portionem, ceu neptis ex amitâ magnâ, petere possit.*

Tertiò hanc decisionem juvat, quòd exercens duas diversas artes mechanicas, ad onera & statuta utriusque Collegii obligetur, *per textum in dict. c. postulastis. 15. extr. de concess. prabend. l. penult. ff. de offic. assessor. dict. l. ille, à quo. 13. §. tempestivum. 4. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. l. hac parte. 10. Cod. de proximis sacror. scrinior. & ibid. gloss. in verb. duplici. & l. final. §. nec sit concessum. Cod. de assessoribus. Et tradunt Felinus in c. 2. n. 10. extr. de probat. Roman. consil. 422. & Andreas Gail. dict. tractat. de arrest. c. 6. n. 28. Quemadmodum ergo una eademque persona propter artificii, vel aliam duplicem qualitatem, duarum personarum onera sustinet: ita & propter duas diversas qualitates, duarum personarum commoda percipere debet: cum contrariorum eadem sit ratio & disciplina, *arg. l. 1. in princip. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt. init. tit. supr. dicto tit. & initio tit. f. de tutel. & l. si mortis. 18. in princip. ff. qui & à quib. manumissi liberi non sunt. Aristot. lib. 1. Topic. 11.**

Quartò facit textus in leg. si ita scriptum. 13. ff. de liber. & posthum. hered. inst. ubi Julianus respondit in hæc verba: Si ita scriptum sit; si filius mihi natus fuerit, ex besse mihi heres esto; ex reliquâ parte uxor mea heres esto: Si verò filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto: ex reliquâ parte uxor heres esto: Et filius, & filia nati essent: dicendum est, assem distribuendum esse in septem partes: ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat, & c. Hæc Julianus. Ex cujus responso patet, quòd uxor in utrumque casum, si vel filius, vel filia nascetur, in certâ parte à marito heres instituta, natis & filio & filia, duplici respectu & quasi duplex mater consideretur; una, quæ filium, & altera, quæ filiam peperit. Et juxta hunc duplicem respectum uxor considerata, majorem etiam portionem ex voluntate testatoris aufert, per textum ibi, *quam ex utroq. nato testat. voluerit uxorem aliquid habere, & c.* Eodem etiam spectat text. in l. post emancipat. 40. in pr. ff. de leg. 3.

Quintò, quando pluribus eadem quantitas promittitur; tunc pro personarum numero quantitas promissa inter eos dividenda est. *l. reos. 11. §. 1. ff. de nob. reis. constit. l. eum, qui. 56. in pr. ff. de verb. oblig.* Sic etiam quando pluribus eadem res in testamento legata est; ad partes viriles rei legata, pro numero personarum, vocantur. *l. pluribus. 33. ff. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. §. si eadem res. 8. §. de legat.* Iam verò jura ad hereditatem illius, qui sine ascendentibus & descendantibus, & sine fratribus & sororibus, eorumque liberis vitâ functus est, vocant plures cognatos, qui proximiores eodem gradu existunt; & illa vocatio intelligitur secundum numerum personarum ad æquales portiones facta esse. *Novell. 118. c. 3. §. si verò neque fratres. Auth. post fratres fratrumq. filios. C. de legitimis heredib.* Cui consequens est, quòd persona, quæ propter diversas qualitates ei inhærentes, pro pluribus habetur personis, in plures etiam viriles portiones ad successionem ab intestato vocata esse censeatur. Nam argumentum ab ultimâ voluntate ad legem, vel contrâ, jure nostro receptum est. *Nov. 22. c. 2. vers. disponat. & c. Nicol. Everh. in loc. legalib. loc. ab ultimâ volunt. ad legem, & c.*

- 464 Sexto huc confert, quod res eadem bis debetur ex diversis causis, quæ non sunt invicem incompatibiles, ut nostri loquuntur. *l. si is, qui Stichum. 18. ff. de oblig. & actio-*
- 465 *nib.* Et quando sunt duæ obligationes paræ potestatis, non potest altera per alteram consumi: cum non reperiatur, utra alteram perimat. *l. si reus. 13. ff. de duobus reis constituend. & l. general. 5. vers. reum verò, & c. ff. de fideiuss.*
- 466 Et denique quotiescunque uni eidemque una eademque hereditas ex duabus causis defertur, toties lucri multiplicatio contingere potest, *argument. l. quingenta. 12. ff. de probationib. & l. hered. 3. Cod. de petitione heredit. Bald. Castrens. Cuman. Alexand. Iason. & alii in l. planè. 34. §. 1. ff. de legat. 1. & Surdus consil. 119. n. 1. quem citat. & sequitur Plebst. Disp. 4. partis quarta. de jure Provinciali Würtemb. sub th. 114. edit. 2.*
- 467 Hanc ita firmatam sententiam non destruit; quod quando quis moritur sine ascendentibus & descendentibus, non relictis post se fratribus & fratrum filiis, tunc ad ejus successionem vocentur agnati & cognati, gradu proximiores: & si sint plures pares in gradu, pariter vocentur, & in capita succedant; id est, secundum numerum personarum, non attenda sexus differentiâ, nec etiam considerata duplicitate vinculi; *c. Auth. post fratres fratrumque filios, C. de legit. heredib. & d. Nov. 118. c. 3. §. si verò neque fratres, & c. Schneidevv. hic in tertio ord. succed. n. 32. & seq. Ranchinus, post alios in d. Commentar. de success. ab intest. §. 13. n. 19. Grassus in §. successio ab intestato. q. 33. n. 2. D Besold. in delib. juris ex lib. 37. ff. quest. 6. p. 132.* Etenim pro dissolutione hujus objectionis observandum est diligenter, quod Justinianus Imp. in allegatis locis loquitur de vinculo duplicitatis, inter fratres ex eodem matrimonio progenitos subsistente, & de duplicitatis vinculo, quod inter posteros fratrum, ex duplici illo fraternitatis vinculo originem trahit. Statuit itaque Justinianus quod in materiâ successionis ab intestato, duplicitas isthæ vinculi fraterni in ipsis quidem fratrib. ad hoc profit, quod frater utrinque conjunctus defuncto, vel filii fratris utrinque conjuncti, fratrem uno ex laterelunctum, hoc est, consanguineum vel uterinum, vel eorundem filios excludat. Verum hoc ipsum duplicitatis vinculum, quod ex fraternitate communi ducit originem, non vult Justin. ultra fratres, fratrumque filios attendendum esse. Quare si moriatur quispiam sine descendentibus & ascendentibus, relictis nepotibus fratris, ex utroque latere conjuncti, cum nepotibus fratris ex uno latere copulati; non attentâ duplicitate vinculi, quâ nituntur nepotes fratris utrinque conjuncti, nepotes fratris, ex uno latere conjuncti, per illos non excludentur, sed simul cum illis ab intestato succedent. Hæc autem duplicitas vinculi, in fratribus utrinque conjunctis, eorumque posteris subsistens, non efficit, ut una persona duas personas sustinere intelligatur. Nam frater utrinque connexus, quamvis eodem patre & matre defuncto conjunctus sit: non idcirco tamen pro fratre consanguineo, aut pro fratre uterino tantum habetur: siquidem impossibile est, ut frater utrinque conjunctus, sit frater consanguineus vel uterinus ipsius defuncti. Id
- 468 quod hoc modo ostenditur: quia frater germanus definitur, qui ex eodem patre & matre genitus est: consanguineus, qui ex eodem tantum patre; uterinus, qui ex eadem tantum matre natus est. Sicut itaque *ἀδελφός* & impossibile est; ut, qui eodem patre & matre natus est, dicatur eadem matre tantum natus esse, vel natus esse eodem patre tantum: sic impossibile est, ut frater defuncti germanus, sit ejusdem consanguineus vel uterinus, & vice versâ. Eadem ratione est impossibile, ut filius fratris, utrinque conjuncti, sit filius fratris consanguinei vel uterini. Et ita consequenter de nepotibus & pronepotibus fratrum judicandum. Quemadmodum verò in unâ personâ non possunt hæc re ipsâ concurrere: ita nec una persona ob eam rem pro duabus personis haberi
- 469 potest. Fictio enim non potest fingere super impossibili, neque locum habere, ubi veritas locum habere nequit: sive consideremus impossibilitatem naturæ, sive etiam juris. *l. adoptio. 16. ff. de adoption. l. qui ad certum. 14. in fin. ff. loc. l. certè. 6. in princ. ff. de prec. l. si tibi elect. 8. §. unius. ff. de opt. vel elect. leg. Gloss. in l. talis scriptura 30. §. ult. super verb.*

universa. ff. de leg. 1. latè & pulchrè Bartolus in leg. eandem. 9. n. 2. ff. de duobus reis constituend. idem Bartolus latius in leg. si is, qui pro emptore. 15. n. 22. & seqq. ff. de usurpat. & usucap. ibidemq. Iason. num. 209. & seq.

Ex his probè & exquisitè perpenfis cernere promptum est: quod communis doctrina, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendendâ, decisioni nostræ non adverfetur. Nam in propositâ quæstione agitur de tali duplicitatis nexu, quâ mulier Titia & neptis ex avunculo magno, & neptis ex amitâ magnâ simul est: propter quod duplicis cognationis vinculum mulier ista duarum personarum vicem sustinet, & jure sustinere potest: cum impossibile non sit, ut neptis ex avunculo magno, simul etiam neptis sit ex amitâ magna. Regula autem Doctorum de tali duplicitatis vinculo loquitur, ad quod nulla personarum multiplicitas considerari potest, *ut supra ostensum.* Sed & quod illa doctrina, quâ traditur, ultra fratres fratrumque filios duplicitatem vinculi non esse considerandam, non obstat, quò minùs in proposito casu Titia duas capiat portiones, inde manifestum est: quia Justinianus in d. Novell. 118. c. 3. §. si verò, & c. & dict. Auth. post fratres, fratrumque filios. C. de legit. heredib. pluribus cognatis, eodem gradu defuncto conjunctis, pro numero personarum hereditatem ab intestato defert; ut, quot sunt personæ, tot partes fiant. Atqui nostro in casu Titia duas constituit personas, propter duplicem conjunctionem. Ergo ex mente Justiniani & Doctorum huic mulieri Titiæ minimè refragatur regula, de duplicitate vinculi ultra fratres fratrumque filios non attendendâ: sed, eâ prorsus non obstante, duas illa hereditatis portiones accipit.

Similiter nostram assertionem non evertit, quod duæ causæ lucrativæ in unâ eademque personâ, circa eandem rem, eodem tempore concurrere non possint, *§. si res aliena. 6. supr. de legat. 1. omnes. 17. & l. ex promissione. 19. ff. de obligat. & act. l. si servus legatus 108. §. Stichum. ff. de legat. 1. l. Mævius. 66. §. 1. ff. de legat. 2. l. nutu. 21. §. 1. ff. de leg. 3.* Primum enim in nostra specie Titia pro duabus personis, juris interpretatione habetur. Dubium autem non est ullum, quin duæ lucrativæ causæ in duabus diversis personis locum habere possint. Deinde duabus lucrativis causis locus esse potest in unâ & eadem personâ, quoties causâ acquisitionis variatur; ut, post Baldum, Castrensem, Cumanum, Alexandrum, Iasonem, Lancollotum & Decium in l. planè. 34. §. 1. ff. de legat. 1. docet Ioannes Petrus Surdus prædicto consil. 119. num. 1. Sed in proposito casu variatur acquirendi causa. Una namque portio Titiæ tanquam nepti ex avunculo magno, altera tanquam nepti ex amitâ magnâ debetur. Atque huic decisioni, ut juris & æquitatis rationibus consentaneæ, Domini Collegæ mei plerique olim, nimirum D. Halbritterus, D. Varenbülerus, D. Magirus & D. Bocerus (quos omnes debiti amoris causâ hic nomino) haud inviti subscripserunt. 5. die Martij, Anno Christi 1604. quo hac ipsa controversia decidenda emerferat. Tametsi decisionem similem improbare videatur Tilemannus Rœnerus, quest. 8. prout eum refert D. Collega Besoldus in thesauro practico, num. 51. pag. 826.

Quamvis autem collateralium sive agnatorum & cognatorum successionem decimo gradu circumscriptam esse, Doctores communiter tradant, *Gloss. in Novell. 118. §. si verò. & in Auth. in successione, ibiq. Bartolus n. 3. C. de suis & legit. liber. Nicol. de Ubald. in tract. de success. ab intest. part. 3. n. 12. Azo in summa C. de legit. heredib. n. 10. Matthæsyllan. in tract. de success. ab intest. 3. artic. princ. n. 30. ibique Bologninus. Schneidevv. hic in tertio ord. succed. n. 38. & Heigius in tert. ord. de success. collateral. n. 52. & seq. Vultejus hic n. 51. & lib. 1. Jurisprudens. Roman. c. 74. n. 12. Ant. Peregrin. lib. 4. de jure fisci. tit. 3. n. 3. Andr. Gail. lib. 2. observ. 150. Valent. Forster. lib. 8. de successionib. c. 9. conclus. 5. n. 7. Mynsing. & Schilbock. in §. ult. infr. de success. cognator. & alii.* veritati tamen propinquius est, omnes in infinitum, qui gradus proximitatem probare queunt, esse admittendos, *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. heredib. §. ceterum 3. ibi, etiam si longissimo gradu sint infr. de legit. agnat. success. & §. ult. ibi, etiam si longissimo gradu sit.*

fit. infr. de servili cognat. d. Novell. 118. c. 3. §. si vero. ibi, omnes deinceps à latere cognatos. §. c. 4. ibi, §. omnes sine qualibet. §. c. 1. Qui textus omnes cum de longissimo loquantur gradu, & de agnatis & cognatis indefinite, nec quicquam de certo gradu adjiciant: perspicue inde evincitur, quocunque gradu sint; omnes exclusâ successione conjugum vel fisci admitti, argum. l. item veniunt. 20. §. petitam. 11. vers. à quo ff. de petit. hered. §. l. metum. 9. §. 1. ff. quod metus caus. gest. erit.

- 473 Nec obloquitur huic sententiæ §. final. *infr. de success. cognator.* ubi dici videtur, quod agnati duntaxat ad decimum usque gradum admittantur. *Haudenim ibi Justinianus præcisè docet, quod agnati duntaxat ad decimum usque gradum succedant, non ultra: sed quod succedant agnatis suis, licet sint in gradu decimo constituti: atque ita hæc verba exempli solummodo causâ pro longissimo gradu ponuntur. Ideo autem Justinianus Imp. exempli gratiâ loquitur de gradu tantum decimo; quod ultra eum gradum rerum natura non facile agnatorum vitam consistere patiatur, l. non facile. 4. in princ. ff. de grad.*
- 474 *§. affinit. Si tamen agnatio & cognatio ultra gradum decimum constare possit: non debent ut agnati, sic nec cognati per fiscum excludi: cum hodie in successioneibus exæquati sint cognati agnatis, de Nov. 118. c. 4. Et huic suffragantur doctrinæ Wesenbec. ad d. §. final. n. 4. infr. de success. cognat. Borcholt. ibid. §. in tr. de gradib. sub tit. de success. transversalium circa finem. p. 250. Hænonius Disp. 12. controvers. 13. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 4. p. 408. n. 30. Bocer. class. 3. Disp. 10. th. §. 2. ad lit. c. ed. 2. §. in tract. de regal. c. 3. n. 30. Arumaus Exercit. Justin. 11. th. 13. Andreas Gerhardi decad. 11. Exercit. Justin. quest. 10. Paulus Berens Disp. 8. ad Instit. them. 3. quest. 1. Treutler. vol. 2. Disput. 16. th. §. lit. h. ibique pulchre Bachovius in suis not. p. 1001. §. seq. Conrad. ab Einsiedel. in tr. de Regalib. c. 3. n. 122. p. 584. §. seqq. Valen. Riemer. Decad. 8. quest. illust. 3. aliique plures. Eandem traditionem in feudis quodque obtinere, plerique statuunt, per c. 1. si vassallus feudo privet. tit. 31. §. cap. 1. de natura success. feud. tit. 50. lib. 2. feudor. Curt. jun. in tractat. feud. part. 2. tertia partis princ. vers. successivè. n. 48. Schenck Baro, Petrus Ravennas, Eguinarius Baro, & Hotoman. in c. 1. §. hoc quoque sciendum. 4. de his, qui feud. dare poss. tit. 1. lib. 1. F. Zasius in Epitom. feud. part. 8. n. 5. Sonsbec. in tract. feud. part. 9. n. 84. Duaren. in consuetud. feud. c. 11. n. 16. Hæneton. de jure feud. lib. 2. c. 5. Covarruv. lib. 3. variar. resolution. c. 5. num. 4. vers. quinto hinc. §. c. Jul. Clarus lib. 4. sententiar. §. feud. quest. 79. num. 3. & hos aliosque citans Hartmannus Pistoris lib. 2. part. poster. quest. 19. n. 26. cum seqq. Fachinaus. lib. 7. controversiar. jur. c. 27. & Hachelmann, illustrium quest. Disp. 18. th. 19. ad lit. f. qui Doctores variè dissentientes notant. Illud hic addendum: quod tantum Descendentes & Ascendentes, non item collaterales, in bonis damnatorum succedant, arg. Nov. 134. c. fin. Et, contra Vulteiium lib. 1. Iurispr. Rom. c. 74. n. 26. Clarus lib. 5. sentent. §. fin. q. 78. n. 1. & communem Dd. opinionem luculentissime ostendit Gothofredus Anton. Disput. 2. Antin. Vult. th. 134. eumque laudans Riemer. d. decad. 8. q. illustr. 6.*

DE SUCCESSIONE CONJUGUM.

- 476 **Q**uoties omnis liberorum, parentum, atque propinquorum successio deficit & expirat: uxor viro intestato, in solidum, ex juris Prætorii beneficio, succedit: si modò justum inter eos matrimonium fuerit, & ad mortis usque tempus duraverit, l. un. ff. unde vir & uxor. §. l. un. C. eod. tit. ibiq. Bartol. Bald. Salicet. Cast. & Dd. commun. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 37. ff. q. 10. p. 135. Iustus Schütz exerc. jur. Disp. 12. th. 21. p. 190. Ratio hujus succedendi modi hæc redditur: quia æquissimum est, cum inter conjuges omnis vitæ consortium sit, ac divini & humani juris communio, l. 1. ff. de ritu nuptiar. ut propter hujusmodi vitæ consortium, nullis legitimis heredibus existentibus, fisco prælati, ab intestato invicem sibi succedant.
- 477 Nam & aliâs consortem consorti, fisco excluso, succedere certum est, l. 1. §. l. si quis cohortali. 3. C. de her. decur.

§. c. l. un. C. si liberalit. Imp. soc. sine herede decesserit, l. si quis presbyter. 20. C. de Episcop. & cleric. Consortes autem dicuntur collegæ ejusdem alicujus corporis, sive collegii, jure non reprobati; veluti navicularii, d. l. 1. C. de her. decur. §. quorum Romæ & in Provinciis certum fuit corpus, ex quibus alii annonæ, alii lignis, alii necessitatibus serviebant, l. 1. in fine princ. ff. quod cujuscunq. universit. nom. §. c. l. semper. §. §. l. uer. 9. §. §. ult. ff. de jure immunitati, §. l. 1. C. de naviculariis, & c. Milites quoque ejusdem legionis, vexillationis vel cunei, consortes sunt; ut militi intestato, sine legitimo herede defuncto, vel legio, vexillatio, vel cuneus succedat, fisco excluso, l. si quis filio. 6. §. ejus, qui. 7. vers. quam distinctionem. ff. de in iust. rupt. irr. fact. test. l. 2. Cod. de hereditat. decurionum, & c. Sed & consortes sunt clerici & monachi: ita ut clerico, aut monacho sine legitimo herede intestato defuncto, Ecclesia vel monasterium, non fisco, illi succedat, d. l. si quis presbyter. 20. C. de Episcop. & cleric. Denique consortes ii judicantur, quibus ab Imperatore communiter aliquid donatum est; & horum uno absque legitimo herede mortuo, alius ei succedit, fisco similiter excluso, d. l. unic. C. si liberalit. Imper. soc. sine herede decesserit. Et ut conjux & consors fisco excludunt: sic & patronum in successione liberti, sine liberis defuncti, eundem fisco excludere, probabile est, §. sed nostra constitutio. infr. de success. libertor. d. l. si quis presbyt. 20. Cod. de Episcop. & cleric. D. Collega Bocerius in tractat. de regalib. c. 3. num. 29. At quid dicen-

dum, si etiam conjuges sibi invicem sanguine juncti sint, ac non tantum vinculo matrimonii: id quod sæpe fieri solet, nempe in gradibus permixtis? Hoc casu vocabuntur quidem, non tamen tanquam conjuges, sed tanquam cognati: dummodò sint proximi. Ideoque ad præcedentem ordinem succedentium, nempe collateralium seu transversalium propinquorum pertinebunt. Rittershus. in exposit. Novell. Justin. part. 7. cap. 16. num. 4.

Planè interdum, matrimonio sine dote contracto su-

perstes coniunx, inopiâ laborans, cum communibus, alteriusve matrimonii liberis, prædefuncto diviti in quartam hereditatis partem, si tres vel pauciores supersint liberi; sin plures, in portionem virilem succedit. Anth. præterea. C. unde vir & uxor Novell. 53. cap. 6. §. Novell. 117. cap. 5. Borcholt. in tractat. de gradib. t. de success. conjugum. pag. 253. §. seq. Forster. lib. 9. de success. ab intest. c. 4. Rittershus. d. part. 7. c. 17. num. 11. §. seqq. Francisc. de Barry lib. 18. de success. intest. tit. 4. num. 11. Schneidervin. hic sub tit. de success. inter vir. & uxor. num. 14. §. 17. Matthias Coler. decis. 61. num. 32. part. 1. Ambros. Schurer. in tr. de heredit. quæ ab intest. t. 15. pag. 209. Domin. Cardinal. Tuschus tom. 7. pract. conclus. lit. S. conclus. 674. num. 7. §. tom. 8. lit. V. concl. 401. num. 1. §. seqq. Paul. Emil. Gallus in tract. de except. in successione ab intest. quam ex testam. art. 1. tit. 4. except. §. num. 1. §. seqq. fol. 137. Idque fusius & explanatius prosequitur Bérlichius part. 3. conclus. prædicabil. concl. 26. n. 14. §. seqq. Isthæc tamen succedendi

- tract. de gradib. tit. de success. conjug. p. 256. & seq. Grass. in lib. recept. sent. §. success. ab intestato. qu. 39. num. 3. Francisc. Vivius in communib. opinionibus in verb. uxor seu mulier. num. 6. Ernest. Cothman. consil. 74. num. 59. & multis seqq. Daniel. Moller. in Commentar. ad constitut. Saxon. part. 3. constitut. 7. Carol. Ruin. consil. 162. num. 10. vol. 2. Augustin. Berous consil. 124. num. 13. vol. 2. Ioan. Cephal. consil. 183. num. 14. lib. 2. Gail. lib. 2. observ. 86. num. 17. Forster. d. lib. 9. cap. 5. Ioan. Dilect. Durantes. in tract. de arte testand. tit. 6. caut. 20. num. 2. Matth. Coler. consil. 21. num. 17. 18. 43. & seq. vol. 1. Schneidevvin. hic sub tit. de success. inter vir. & uxor. num. 17. vers. tertio ampliatur, &c. hosque citans Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 3. 10. seqq. ubi de hac, & similibus questionibus plenissime differtat. Atque hinc illius dubie controversie resolutio plana efficitur: si maritus bona per donationem, vel aliquem contractum inter vivos alienaverit, utrum uxor pro consequenda quarta totius substantiae, possit donata vel alienata revocare? Etenim, si in fraudem alienatio facta sit, revocationem fieri posse, merito concluditur: argum. l. omnes. 17. §. 1. ff. que in fraud. creditorum facta, &c. l. filia mea. 59. ff. soluto matrimonio. &c. 2. ext. de renunciatione. lib. 6. Hanonius Disput. 12. controvers. 14. in fin. Matthias Stephani cent. 3. quest. 13. ad lit. a. Virgil. Pingiz. in suis question. Saxon. quest. 28. num. 12. & seqq. Coler. d. decis. 61. num. 5. & seq. part. 1. Hieron. Panschm. quest. 5. num. 12. sub fin. vers. ideo etiam maritus. part. 2. Berlichius d. part. 3. conclus. 9. num. 22. & d. conclus. 26. num. 25. D. Bocer. in hoc tit. num. 133. pag. 38. Forster. d. lib. 9. de success. c. 6. ubi utramque in partem multa adducit, contrariaque diligenter refellit.
- 485 Circa successionem mariti vocatur in disceptationem & illud: si statuto caveatur, maritum non posse uxori ultra quartam, jure communi debitam, aliquid relinquere quocunque titulo: an idem obtinere debeat in uxore? Et quamvis hanc questionem, post Iasonem, affirmativè decidat Schurffius cent. 1. consil. 85. num. 14. negatam tamen sententiam probabiliorē esse, haud levis ratio suadet.
- 486 Constat enim ex communi Dd. traditione, statuta stricti esse juris, & eorum verba, prout jacent, sicque ad literam accipienda esse, arg. l. 1. §. licet 20. vers. in re igitur dubia. ff. de exercitor. act. l. ait. Pretor. 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. Bartol. in l. omnes populi. 9. num. 60. ff. de just. & jur. & in l. constitutionibus. 24. num. 1. ff. ad municipal. Albert. Brunus in tract. de statut. art. 5. princ. num. 1. & 21. Menochius consil. 4. num. 9. & consil. 76. num. 24. Alderan. Mascordus de generali statutorum interpretat. conclus. 4. p. 151. & seqq. Statutum autem eo in casu loquitur tantum de marito, & per consequens ad uxorem extendi non debet: praesertim cum sit odiosum, & favorabilem ultimae voluntatis dispositionem impediens, l. vel negare. 5. ff. quemadm. testam. aperiunt. l. 1. C. de sacros. Eccles.
- 487 Nec obstat, quod statutum in uno ex correlativis disponens, & in alio disponere censeatur, arg. l. ult. C. de indicta viduit. tollend. & l. 1. C. de cupressis, &c. Nam vulgaris, & quidem vera est responsio, axioma istud obtinere, ni diversa correlativorum ratio appareat; quae hic diametralis apparet. Siquidem causa finalis statuti procul dubio haec fuit: ut importunitates & instigationes muliercularum coercerentur, argum. l. non est enim 4. ff. de in ffic. testament. quas in maritis non ita metui, quotidiana experientia attestatur. Altera ratio in conservatione familiarum consistit: ne agnati, qui sunt de familia testatoris, bonis ejus privarentur: quae ratio rursus in uxore non aequè militat. Et hanc sententiam, ut veriore, magnificus Iurisconsultorum ordo in illustri Salanâ secutus est, referente Virg. Ping. decis. Ien. 26. & Arumao Exercit. Iustin. 11. thes. 15.
- 488 Praeterea & hoc in questione versatur: an ut vir uxori, sine agnatis & cognatis defunctae, succedit, excluso filio: ita & focer ad natus suae (nullo ex sanguinis lineâ; nec viro relicto successore) hereditatem admittatur, filio excluso? Et (nihil remorante Baldi id affirmantis, in d. l. un. post medium. vers. item quaro si non extat vir. C. unde vir & uxor. item Nicolai de Neapol. & Ioannis Plat. ad §. mariti. supra de nupt. aliorumque paucorum auctoritate) ne-

gantium doctrinam esse verissimam, plusquam manifestè patet ex textu in l. affinit. 7. Cod. commun. de succession. ubi Impp. Dioclet. & Maximianus disertis rescripserunt verbis: quod affinitatis jure nulla successio permittatur.

Neque refragatur quicquam, quod focer nomen à 489 matrimonio derivatur. l. cui eorum. 3. §. 1. ff. de postulando. Nam & vitrici, novercae, privignique nomina similiter ex matrimonio derivantur, l. non facile. 4. §. sed quoniam. 3. vers. affines. ff. de gradibus & affinibus. & tamen vitrico 490 privigni successio, neque civili, neque honorario jure debetur. l. vitrico. C. communia de successionibus. quemadmodum neque hereditas novercae debetur privigno, l. amita. 5. C. eod. tit. Et ita sentiunt Raphael. Fulg. Paul. Castrens. Roman. Alexand. Iason. Decius, & alii communiter ad d. l. un. C. unde vir & uxor. & ipse Bald. sibi contrarius in l. ult. colum. 4. vers. item queritur, an sit. Cod. unde legitim. Tiraquell. in Tractat. Le mort saisi le vis. part. 2. Declarat. 15. num. 2. Anton. Peregrinus lib. 4. de jure fisci. tit. 1. num. 4. Einsiedel. in tract. de Regalib. c. 3. num. 128. p. 593. cum seq. Dn. Bocer. in Tractat. de regalib. cap. 3. num. 33. Porro ad jus nostrum locale reno- 491 vatum Würtembergicum quod attinet: eo jure conjunx superstes in certâ portione succedit defuncto, etiam si cognatos is relinquit, part. 4. tit. 5. & aliquot seqq. Idq. sufficimè explanat Ioan. Iacob. Plebs. Disput. 4. partis quarta. de jure Topico Würtemberg. th. 5. & multis seqq. edit. 2.

Denique & illa hoc loco non praetereunda est questio: 492 quid dicendum sit, de sponsâ, quam de praesenti appellant: ecquid & hac sponso, reliquis successoribus deficientibus, succedet? Et ab agentium partibus standum est, sequentes praecipue obrationes. Nam matrimonium, per verba de praesenti contractum, licet non sit consummatum, pro perfecto tamen matrimonio habetur: cum 493 nuptias non concubitus, sed consensus faciat, l. nuptias. 30. ff. de regul. jur. l. cum fuerit. 15. ubi Bartol. ff. de condit. & demonstrat. l. cum hic status. 32. §. si mulier. 13. l. penultim. ff. de donat. inter vir. & uxor. Novell. 22. cap. 3. & Novell. 117. cap. 3. can. sufficiat. 27. quest. 2. Inde quo- 494 que fit, quod sponso per verba de praesenti, non consummato matrimonio, accusationem adulterii instituere possit, l. propter. 7. C. ad Leg. Jul. de adulter. Sicut etiam do- 495 natio, quae inter virum & uxorem prohibita est, prohibita censetur, si sponso per verba de praesenti sponsa do- 496 net, d. l. penult. ff. de donat. inter vir. & uxor. Adhuc cum sequi debet commodum, ad quem incommodum spectat, l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur. Sponso autem incommodum maximum impendit: quia sponsalibus de praesenti libertatem cum aliâ foeminâ matrimonium contrahendi emisit, c. quos Deus 33. quest. 2. c. inter corporalia. 2. ext. de translat. Episcop. Igitur & commodum successionis in propositâ questione consequi debet. Plura pro stabiliendâ hac opinione afferunt Valent. Forsterus lib. 9. de successionibus. cap. 3. num. 10. & multis subseqq. Albericus Gentilis in tract. de nupt. lib. 2. cap. 23. D. Besoldus in Oeconomiatitul. 5. & 6. lib. 1. ff. num. 9. p. 186. item in discursu juridico-polit. de nupt. cap. 6. num. 9. pag. 28. Carer. in tractat. de sponsalibus & matrim. lib. 5. c. 5. Andr. Gail. lib. 2. observ. 80. Dominicus Card. Tuschus tom. 7. practica. conclusion. lit. S. conclus. 511. num. 58. Matthias Berlichius part. 3. conclusionum practica. conclus. 25. n. 5. & seqq. Trentler. vol. 2. disp. 16. th. 6. lit. A. ibique in suis not. Bachovius pag. 1063. & Hunnius quest. 45. pag. 253. Roland. à Valle in tract. de lucro dotis. quest. 106. Francisc. à Solis in tractat. de lucr. dot. quest. 13. Ceterum isthaec moribus nostris immutata videntur, ubi requiritur. Daß nach gehaltenem Kirchgang allbereit zu ehelichem Beslager kommen / und die Decken beschlagen worden. Fürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 4. tit. 2. pag. 431. Sic & Saxonico jure, conjuges antequam conscenderint lectum conjugalem, conjugii nomine tituloque nil alter ab altero praemortuo lucratur. Sächsisch Landrecht / lib. 1. art. 45. & libr. 3. artic. 45. August. Elect. constit. part. 3. artic. 19. Berlich. d. conclus. 25. num. 27. Et de generali consuetudine attestatur Boërius, decis. 22. num. 33. 36. & 38. Enimverò hic non requiri copulam carnalem, verius est: cum non coitus matrimonium faciat

faciat, sed maritalis affectio: ut respondit Ulpianus in l. cum hic status. 32. §. si mulier. 13. ff. de donat. inter. vir. & uxor. Berlich. d. conclus. 25. num. 31. eumq; referens D. Besold. d. discurs. de nupt. cap. 6. num. 9. pag. 28. ad finem. Adde Riemerum decad. 8. quest. illustr. 8. ubi & alios citat. Hucque pertinent, quæ annotavimus ad §. 1. num. 25. supra de patr. potestat. nec non ea, quæ attulit Samuel Bansovius part. 6. consil. Besoldi 297. num. 14. & seq. fol. 263.

DE SUCCESSIONE FISCI.

497 **S**I nullum prorsus ex qualibet sanguinis lineâ, vel juris titulo, legitimum heredem defunctus reliquerit: bona ejus, rejectâ affinitatis successione, tanquam vacantia, fisco deferuntur, l. 1. l. vacantia. 4. Cod. de bonis vacantib. l. affinitatis. 7. Cod. communia de successione. Regner. Sixtin in tract. de Regalib. lib. 2. cap. 9. num. 3. cum seqq. D. Rümelin. part. 3. ad Aur. Bull. Caroli IV. Imper. Dissert. 3. th. 29. Arnisaus de jur. majestat. lib. 3. cap. 6. num. 18. Fiscus non dictus est quasi fixus, id est, firmus & stabilis: quod semper præsumatur esse dives & solvendo, l. 2. in fin. ff. de fundo dotali. Accurs. & Bart. num. 10. in Rubric. C. de jure fisci. Bald. in l. 1. num. 7. C. de heredit. vel actione vendita. & consil. 363. in princ. hosq; referens & sequens Anton. Peregrin. libr. 1. de jure fisci. tit. 1. n. 34. sed potius nomen habet à fisco sive sportis, quibus pecuniæ publicæ olim asportari concludique solebant, ut auctor est Asconius Pedianus in secunda Verrinâ: quem comprobant Mynsinger. in §. res fisci. num. 1. supr. de usucapionibus. Schneidervin. hic sub c. de successione fisci. num. 2. & Ioannes Borcholt. in tractat. de gradibus. tit. de success. fisci. pag. 260. Hinc fiscus significat locum, quo pecunia & instrumenta omnis patrimonii, quod Principi Romano, ad ejus dignitatem tuendam, & usus Imperii publicos, tributum est, conduntur, l. 1. in princ. ibi, ex fisco comparasse, &c. & passim. ff. C. de jure fisci. l. 2. §. hoc interdictum. 4. ff. ne quid in loco publico, &c. Qui locus nonnunquam etiam ærarium appellatur, l. senatus. 15. §. 1. & 3. ff. de jure fisci. §. ultim. vers. adversus autem. §. de usucapionibus. l. 2. in princip. ibi, à sacratissimo ærario comparaverint. & ibi, contra sacratissimum ærarium. & l. benè à Zenone. 3. in princ. C. de quadrienni præscript. Quanquam olim fiscus ab ærario distinguiebatur. Fiscus quippe erat pecunia Principis sive Imperatoris privata; ærarium vero pecunia publica & Imperii, sive populi & Reipublicæ: ut ex Plinio in Panegy. ad Trajan. Tacito libr. 5. annal. & Spartiano in Adrian. evincunt, docentque Duarenus ad tit. ff. de jure fisci. c. 1. Cujacius ad Rubr. C. de jure fisci. in fin. & ad l. 2. C. de petitionib. bonor. sublat. lib. 10. Dn. Collega Besold. in discursu de Ærario publ. cap. 1. num. 3. Iul. Casar Bulinger. in lib. de vectigalib. populi Romani. cap. 50. Rittershus. in expost. Novell. Justin. part. 7. cap. 19. num. 1. Döringius in Bibliothecâ Iurisconsultorum. tom. 1. verb. ærarium. num. 14. fol. 949. aliq; per eum citati. Constitutiones autem Imperatorum novissimæ, & Doctores plerique, illum locum Cameram Imperialem vel Imperii nuncupant, veluti Frederici III. Constitutio Francofurti promulgata, Anno 1442. §. Item wenn dieselb. ibi, des Reichs Kammer. & Ferdinandi Ordinatio monetalis, Augustæ edita, Anno 1559. §. Wir ordnen/setzen und wollen. ibi, in unser Kayserliche Kammer. aliique Recessus Imperii, Accurs. & Bart. num. 6. in d. Rubr. C. de jure fisci. Cardinal. ad Clement. Nolentes §. inquisitoribus. num. 3. tit. de hæreticis. Peregrinus d. lib. 1. de jure fisci. tit. 1. num. 2. & D. Bocer. d. tract. de Regalib. c. 3. num. 2. & seqq. ubi plures significatus nominis fisci recenset & explicat.

501 **C**æterum non aliter ad defuncti bona vacantia fiscus admittitur, quam si illa intra quadriennium agnoscat. Aliàs etenim possessor bonorum adversus fiscum præscriptione se tueri poterit. d. l. 1. ubi Bartol. & l. penult. C. de bonis vacantib. l. ergo. 4. §. eadem. 17. ff. de fideicommiss. libertat. l. 1. §. Divus Pius. ff. de jure fisci. l. quia autem. 6. §. certè. 7. ff. si quis, omissa causa testamenti, &c. l. 1. C. de quadrienni præscriptione. Borcholt. d. tractat. de gradib. tit. de success. fisci. pag. 261. Quinimò fiscus interdum pro-

piores excludit heredes: putà si vel ob criminis alicujus atrocitatem, vel alioquin indignos se hereditate fecerint, l. quisquis. §. C. ad l. Iul. Majest. l. fraudem. 45. §. ejus bona. 2. ff. de jure fisci. tot. tit. ff. & Cod. de bonis eor. qui ante sentent. &c. & t. tit. ff. & Cod. de his, quibus ut indign. hereditates auferuntur. Hereditates tamen, quæ filiis reorum, 502 perduellionis deferuntur, non fisco, sed heredibus proximioribus, ab intestato venientibus, applicari; rectè, post alios nonnullos, defendit Menochius consil. 275. num. 26. lib. 3. Peregrinus lib. 3. de jure fisci. tit. 9. num. 1. Berens. disp. 8. ad Instit. them. 3. quest. 3. & Fachinaus lib. 9. controuv. jur. cap. 36. idque latius exposuimus in §. publica autem. 3. infr. de public. judic. num. 72. & sequentibus. Porro varias 503 causas ex quibus bona alicui, ut indigno, auferuntur & fisco vindicantur, recenset Regner. Sixtinus in tractat. de Regalibus. cap. 12. eumque laudans Adamus Keller. in tract. de jure succedendi ab intestato. tit. 28. num. 4.

Illud hîc non inconvenienter quæritur: an pupillo de- 504 functo, nullis agnatis & cognatis relictis, ejus tutor persona extranea succedat, adeoque fiscum excludat, necne? Alii ajunt, Accursius ad l. quò tutela. 73. in fine princip. ff. de reg. jur. Dynus, Albericus, Corneus & Iason, num. 10. ad l. unic. Cod. unde vir & uxor. Bald. int. si qua illustris. §. num. 6. C. ad Senatusconsult. Orfician. Angel. ad l. nutritoribus. 10. C. commun. de success. l. si quis filio. 6. §. ejus. in fin. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. & ad l. cum in eo. 44. in fin. ff. de pact. Matthæus de Afflict. ad tit. 56. Quæ sint regalia. in verb. bona vacantia. colum. 1. vers. item tutor deficientibus. lib. 2. feudor. Alii negant, Bartol. & Cagnolus. num. 4. ad d. l. quò tutela. 73. ff. de regulis juris. Baldus sibi contrarius, ad l. ultim. num. 14. Cod. unde legit. Tiraquellus in tractat. mort. saisit. le vis. part. 2. Declarat. 15. num. 4. & 5. D. Bocerius d. tract. de Regalibus. cap. 3. num. 31. Hænonius Disp. 12. ad Institut. sub controvers. 15. Moller. lib. 4. semestr. qu. ultim. in fin. Trentler. Disputat. 16. thes. 1. sub lit. f. volum. 2. Berens d. disputat. 8. them. 3. quest. 4. & Matthias Stephani centur. 3. quest. 13. sub lit. a. in fine. Alii verò, cum ita varient in hac re opiniones, difficultatem istam pro medietate esse componendam, censent: adeoque dimidiam Fisco, dimidiam tutori tribuunt hereditatem. Borgninus Cavalcanus in tract. de tutoribus sub num. 336. & Peregrinus lib. 4. de jure fisci. tit. 3. num. 18. ad fin. Sed ego negantium sententiam firmioribus rationibus munitam esse, omninò arbitror. Tum quia legitima hereditas solâ lege 505 defertur, nec ulli datur, nisi cui lex ipsa nominatim eam tribuit. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. & l. 3. ff. de petitione hereditat. l. vitrico. 3. & d. l. nutritoribus. 10. C. communia de successione. Unde etiam legitima vocatur hereditas, quòd solâ lege defertur, l. si curatoris. 9. Cod. de jure deliberan. cum similibus supra allegatis. num. 4. Cum ergo nusquam ullâ lege pupilli hereditas specialiter ejus tutori dativo, personæ extraneæ, deferatur: injustum sanè fuerit, illud sine lege affirmare, Novell. 18. cap. 5. in princip. l. illam merito. 19. ibi, eò quòd nulla constitutio, &c. Cod. de collationibus. l. ultim. in fine. Cod. de consulibus. libr. 12. cap. illa. 2. ibi, cum nusquam invenitur cantum in jure. ext. Ne sede vacante aliquid invenietur & capite 1. ibi, cum id non inveniat a jure concessum. ext. de supplenda negl. Prælator. lib. 6. Tum quia hereditas extraneis testamento da- 506 tur: ab intestato illi non succedunt, l. hereditas. §. Cod. de pactis conventis &c. Tutor igitur dativus, persona extranea, pupillo suo non succedet. Tum quia nutri- 507 tor, ut qui gratis puerum aliquem educavit, l. sancimus. 3. vers. sed neque his, &c. Cod. de infantibus exposit. ipsi puero, intestatò mortuo, non succedit. d. l. nutritoribus. 10. Cod. communia de successione. Itaque multò minùs tutor dativus pupillo suo succedere debet. Tum etiam, 508 quia tutor gratis administrare tutelam regulariter tenetur l. à tutoribus. 33. §. ult. ibique Bartol. & alii Dd. ff. de administratione. & peric. tutor. & facit l. 1. §. si pupilli. 6. & §. seq. ff. de tutelâ, & rationibus distrabend. Ergò, ut pro mercede hereditas pupilli obveniat tutori, haud credibile aut æquum videtur. Tum denique quia sub tit. C. de hereditatib. decurion. extraneæ proponuntur personæ, quibus etiam defunctorum intestatorum hereditates jure de-

feruntur, & per quas ipse fiscus excluditur: nusquam vero sub toto isto titulo hisce personis tutor dativus connumeratur: cum tamen verisimile non sit; quod si per tutorem dativum voluissent Legislatores fiscum excludi, hunc tam notabilem & frequentem casum ibidem omisissent. Atque ita noviter quoque docuit Valentinus Riemer. *de cad. 8. quest. illustr. 9.*

509 Nihil nostræ obstat sententiæ *d. l. quò tutela. 73. ff. de reg. jur.* cuius in principio Scævola Iurisconsultus, quò ait, *tutela redit, eò hereditas pervenit.* Nam ea regula accipienda est de tutelâ legitimâ, quæ ad proximos agnatos, ex Justiniani constitutione ad cognatos etiam pertinet, *Nov. 118. c. 5.* non item de testamentariâ, vel dativâ tutelâ, uti exceptio fœminarum huic regulæ subiecta satis arguit. Et enim ad fœminas agnatas legitima spectat hereditas, non autem tutela. *l. 1. §. 1. ff. de legit. tutor. §. ult. ff. de legit. patronor. tutela. l. tu. a. 6. §. 1. ult. ff. de tutel. Sed & hoc forsan non ineptè cum quibusdam dici poterit, principii istius lectionem vitiosam, proindeque legendum esse, vel ita; Quò hereditas redit, eò & tutela pervenit. vel ita: Eò tutela redit, quò hereditas pervenit.* Neque enim propter tutelam cuiuspiam hereditas defertur, sed tutela hereditatem consequitur: hoc est, onus tutelæ demandatur ei, qui spem successionis, ab intestato consequendæ habet, *d. tit. ff. de legitimâ patronor. tutel. §. l. tutela. 3. §. proinde. 7. vers. legit. ff. de legitimis tutorib.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Legitima hereditas ad solum filium pertinet.* Ergo & tutela ad solum filium descendit. *Sed eâ de re videatur, ost Placentinum, Cujacius, Hotom. Petrus Faber & Philippus Matthæus ad l. 73. ff. de R. I. Ant. Fab. in errore. 7. decad. 6. §. D. Boc. d. tr. de regalib. c. 3. num. 33. ubi id enucleatius persequitur.*

510 Tenetur autem fiscus post agnitionem bonorum creditoribus, pro viribus tantum rerum hereditariarum. *l. 1. §. an bona. 1. §. non possunt. 1. ff. de jure fisci. l. mulier bona. 72. ff. de jure dot. Fachinaus lib. 6. controvers. jur. c. 21.* Bona siquidem agnovit, non hereditatem, quâ agnitâ teneatur creditoribus hereditariis, licet hereditas solvendo non esset. *l. qua dotis 33 ff. soluto matrim. l. bona. 3. ff. de bonor. possessionib. l. si te bonis. 10. C. d. jure deliberandi.* Et si bona immobilia diversis in territoriis sint sita; domini territoriorum, secundum quantitatem bonorum, creditoribus defuncti satisfacere compelluntur. *Alex. conf. 111. ad fin. p. 4. §. conf. 31. p. 1. Zas. conf. 17. lib. 2. hosque refert & probans Borcholt. in tract. de gradib. tit. de successione fisci. pag. 261.*

511 Sed utrùm fiscus, in bona vacantia succedens, teneatur legata & fidei commissâ præstare testamento vel codicillis relicta, controversia non caret? Et negativè responderunt *Richardus Malumb. in l. unica. §. penult. C. de cad. toll. Petr. de Bellapert. & Imola in l. quidam testamento. 96. §. quoties. ff. de legat. 1. Ripa in l. ex facto. 17. §. ex facto. n. 6. ad Senatusconsult. Trebell. Prosper. Farinac. lib. 1. variarum quest. criminal. quest. 25. num. 186. & alii, quos memorat. & sequitur Marcus Anton. Peregrin. lib. 4. de jure fisci. tit. 3. n. 26.* Verùm contrariam amplexi sunt sententiam. *Baldus in l. eam, quam. 14. num. 5. C. de fidei commisi. Salicet. in d. l. unic. §. pen. num. 39. C. de caduc. tollend. Fachinaus dict. lib. 6. controversiar. jur. cap. 22. Bocernus class. 3. Disp. 10. thes. 63. edit. 2. & d. tract. de regalib. c. num. 37. Adam. Keller. d. tract. de jur. succed. ab intest. tit. 28. num. 8. & nuperrimè Va'entinus Riemer. decad. 8. quest. 10. circa medium.* Quam & ego verissimam esse judico, per textum. *in d. l. quidam testamento. 96. §. quoties. ff. de legat. 1.* ubi clarè & generaliter Iulianus ait: legata & fidei commissâ esse præstanda à fisco, qui in bona vacantia succedit. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus *in l. dicitur 14. ff. de jure fisci. l. recusare. 6. §. si fisco. 3. ff. ad SC. Trebell. l. cum fisco. 9. ff. de SC. Silan. & d. l. unica. §. penult. ibique gloss. in verb. peperimus. C. de caduc. tollend.*

512 Nec adversatur regula generalis, quæ vult, quò si nemo hereditatem adierit, nihil quod testamento scriptum est, debeatur. *l. si nemo. 9 ff. de testam. tutel. l. si nemo. 118. ff. de regulis juris.* Nam regula hæc officium suum perdit, sicque locum non obtinet, quando bona vacantia ad fiscum transeunt. Tunc enim, quia is heredis loco ha-

betur, meritò legata & fidei commissâ præstare tenetur. Ad reliqua contrariæ opinionis argumenta solidè respondit *Fachinaus d. lib. 6. c. 22. circa fin.* Et hæc de successione Fisci.

Ad extremum hic subiiciendum est: quempiam hereditatem, ab intestato sibi delatam imprimis consequi posse, vel petitione hereditatis, *de quâ tot. tit. ff. & C. de petitione hereditatis. §. actionum. 28. circa finem. & sibi copiose Angel. Platea, Iason, Zasius, Schneidevv. & alii infr. de action. Ioan. Petr. de Ferrarius in sua practica, in forma libelli pro hered. ab intest. delatâ. Oldendorp. in progymnasmat. act. for. cl. 3. act. 5. & Borcholt. in tract. de grad. tit. ult. p. 262. & seqq. vel interdicto quorum bonorum, de quo tot. tit. ff. & C. quorum bonor. §. adipiscende possession. infr. de interdict. Ioannes Crispus de Montib. act. 58. & Oldendorp. class. 2. act. 1. vel imploratione officii judicis; de quâ, ut & aliis juris remediis, pro hered. ab intest. competentibus, prolixè & perspicuè agit Ambrosius Schurerius in tr. de hered. quæ ab intest. deferuntur. tit. 2. 2. per totum: item novissimè Adam. Kellerus in d. tract. de jur. succedendi ab intestato. tit. 36. per totum.*

Coronidis vice insignis illa, & inter Dynastas quosdam haud ita pridem exorta, discutienda venit questio: Si transactio sive conventio sit inita: ut si res data perveniat in alienas manus (in andere Hände) ea danti restituatur: nunquid, si res per successionem legitimam pervenerit ad heredes, eadem in alienas manus pervenisse censeatur? Ego sanè (quicquid ab aliis regeatur) ad negativæ sententiæ patrocinium me proclivorem agnosco, sequentibus potissimum rationibus adductus. I. Quia in transactio-
ne & quovis contractu magis voluntas & mens transigentium ac contrahentium inspicienda est, quàm verba. *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus. 34. in princ. ff. de reg. jur. l. ult. ibi. cum sit justum voluntates contrahentium, & c. C.* Quæ res pignori obligari possunt. Verisimiliter autem præsumitur, trans-
igentes de heredibus cogitasse: quippe cum regulariter contractus & ad heredes, & contra heredes transeat, sive specialis eorum facta sit mentio, sive non, per apertum textum in *l. veteris. 13. C. de contrah. & committ. stipulat.* Hinc clausula Notariorum in instrumento heredum men-
tionem faciens, superflua & supervacua creditur. *arg. l. eum, qui ita 56. §. 1. ff. de V. O.* II. Quælibet con-
ventio sive pactio in dubio judicatur esse realis, & sic transitoria ad heredes non verò personalis. *arg. l. juris gentium. 7. §. pactor. 8. in fine. & l. tale pactum. 40. in principio. ff. de pactis.* cum intentio contrahentis præsumatur esse talis, ut non solum sibi, verum etiam suis heredibus prospexisse videatur. *l. si pactum. 9. ff. de probationib. t. 18. de a nobis fratribus à capitaneo investit, lib. 2. F.* III. Defunctus (scil. contrahens) & heres re-
putantur una eademque persona. *l. heredum. 59. ff. de reg. jur. & Novell. 48. in fine principii.* Ergo clausula ista (in andere Hände) sub se heredes non complectitur. IV. In pactis & stipulationibus, verba dubia sunt interpre-
tanda contra stipulatorem, qui poterat legem contractus dicere apertius, *l. veteribus. 39. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus 18. & l. quicquid. 99. ff. de verb. obligat.* Quo casu pro reo, tanquam favorabiliore, contra actorem esse respondendum, certum est. *l. favorabiliores. 125. ff. de regulis juris.* V. In prohibitionem alienandi in alienam familiam, vel in alienas manus, non comprehenditur alienatio, quæ fit per successionem legitimam sive ab intestato: quoniam hæc non est alienatio hominis, sed ipsius legis, quæ ab intestato successiones defert. *§. 1. infr. hoc t. ea verò. 3. §. de illo quaritur. ff. pro socio. & l. lege obvenire. 130. ff. de V. S.* Item necessaria omnino est: quia per mortem, quæ omnibus est necessaria, causatur: ideòque sub hominis interdicto contineri non intelligitur. *l. alienationes. 13. ff. familia ercisc. l. peto. 69. §. prædium. ff. de legat. 2.* Quocirca prohibitio de alienando, facta ab homine, ad hominis alienationem restringenda videtur. Et huc facit casus in *l. cum pater. 77. §. cum inter. 28. ff. d. t. de leg. 2.* ubi (secundum interpretationem Bartoli & Imola) filius libertæ, quamvis non sit de familiâ libertorum, *arg. l. pronuntiatio. 195. §. fin. & l. seq. ff. de V. S.* succedit tamen matri suæ in re alienari prohibitâ extra libertorum familiam. Eò-
dem

dem pertinet textus in d. l. peto. 69. §. fratre. 3. ff. de leg. 2. ibi, *extero herede instituto, &c.* Secus ergo, si non fuisset institutus exterus: ut ibi plenè notavit Bartolus, & alii, Idem Bart. in l. si ita quis. 135. §. ea lege. n. 7. & seq. ff. de § 25 V. O. ubi pulchrè concludit; prohibitâ alienatione per legem, aut per hominem, non censi prohibitam successionem intestatam: cum hæc legis alienatio necessaria existimetur. Item tradidit Aretin. in l. Pannonius. 86. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & latè Socin. consil. 227. in 3. qu. n. 8. ubi in eandem sententiam plures allegat: eamque communem esse testatur Cornens consil. 213. col. 2. lib. 2. & consil. 269. col. 2. lib. 4.

His ita satis copiosè de novissimâ ab intestato succedendi ratione declaratis & præcognitis: jam ordine, quod instat, exequemur; adeoque ipsùm propositi tituli textum § 26 breviter explicandum suscipiemus. Initio autem Justinianus Imp. indicat ex l. 1. ff. de suis & legit. hered. aliquem intestatò decedere quatuor modis. Primum intestatus decedit, qui omninò testamentum non fecit; cum tamen facere posset. Nam si facere non potuit, id est, si testamenti factionem non habuit, ut est impubes, furiosus, prodigus: non nisi abusivè & improprie intestatus decedere videtur: uti arguit Ulpian. d. l. in pr. ff. de suis & legit. heredib. Paulus. libr. 4. sentent. tit. 8. Stuckius part. 1. Exercitat. Justin. decad. 8. assert. 1. lit. b. Siquidem privatio habitum præsupponit, arg. l. decem. 116. ff. de verb. obligat. Quamvis & hæc, similesque personæ, ratione effectus & juris, in successione ab intestato constituti, pro intestatis habeantur, d. l. 1. in princ. vers. planè. ff. de suis & legit. her. d. l. 2. §. divus 2. l. credend. 4. §. 3. ff. qui petant. tutor. l. qui duos. 9. ff. de reb. dub. l. pater. 14. §. ult. ff. ad l. Falc. l. vel singulis. 37. l. qui duos. 42. in fine. & l. Lucius. 45. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 2. §. impuberem. 5. ff. ad SC. Tertull. & legib. concordantibus. Eaque de re videantur Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 2. & Timæus Faber Disput. 21. ad Instit. Imperial. th. 3. itemque Locamer. quest. jur. fasc. quest. 8.

§ 27 Unde quæsitum disceptatumque graviter fuit à Doctoribus: an pupillus, furiosus, prodigus, intestatorum appellatione in statutis contineantur? Finge statutum ita sonare: *Bona ejus, qui ab intestato decedit, proximorum agnatorum sunt.* Nunc pupillus mortuus est: dubitatur, anne mater à successione illius excludatur? Sunt sanè multi, qui pupillum, furiosum, & similes, qui testari non possunt, intestatos non dici; ideoque nec matrem à successione repelli posse, opinantur. Cynus & Alberic. ad l. 2. C. qui testam. fac. possunt. Bald. & Salicet. ad l. cum in antiquioribus. 19. C. de jure deliber. Raynerius & Nicolaus de Neapol. ad l. intestato parente. 6. ff. de legitimis tutoribus Angel. ad l. in testamento. 6. C. de testamento militis. & ad l. 2. C. de impub. & al. substitutionibus. Ioan. de Imola ad leg. centurio. 15. ff. de vulgari & pupill. substitut. & ad c. cum tibi. 13. extr. de testam. Signorol. consil. 6. & consil. 101. Raphael Fulgos. consil. 40. consil. 48. consil. 165. & consil. 199. Decius consil. 466. Marian. Socin. consil. 23. Ioan. Fab. num. 2. Ang. Aret. num. 8. & Christoph. Perc. in hoc principio nostro, Alexand. Trentacinq. in tract. de substitution. part. 2. cap. 3. Ioan. Petrus Ferrariensis in forma libelli, quo petitur hereditas ab intestato delata. in fine, eumque referens Rittershusius in expositione Novell. Justin. part. 7. cap. 1. num. 3. Caterum non desunt plures, qui contrarium intrepide adserunt, adeoque concludunt; appellatione intestatorum in statutis hos quoque, qui ipso actu testamentum facere nequeunt, comprehendì. Bartol. in d. l. 1. in princ. num. 2. ff. de suis & legit. heredibus. Bald. sibi non constans, in amb. praterea. C. unde vir. & uxor. Felinus in proæmio decretal. Castrens. in l. in ambigua. 19. ff. de leg. & in d. l. 2. C. de impub. & aliis substitutionibus. & d. l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. deliber. & consil. 48. lib. 1. Alciatus num. 6. & Gædd. num. 4. in l. intestatus. 64. ff. de verb. signific. Matthæus de Afflict. in cap. 1. tit. de success. feud. in usibus feudor. Carolus Ruin. consil. 50. libr. 3. Paul. Paris. consil. 22. l. 2. Cardin. Zabarella consil. 111. Alexand. consil. 115. lib. 2. Cornens consil. 75. & consil. 336. l. 1. Barbat. in d. c. cum tibi. 13. extr. de testam. & consil. 67. lib. 1. Ioan. Baptista Castellioneus in additionibus ad dictionarium Alberici. in verb. intestatus. Politus in tract. de substitun-

tionibus in tit. de pupillari substitutione. quest. 4. Rolandinus Passagerius in tract. de successione ab intest. num. 5. Oliverius Textorius in tract. de success. ab intest. in princip. num. 8. Maturin. Montan. in tract. de heredibus ab intest. venientibus. cap. 1. col. penult. Hieronym. Gabr. consil. 14. num. 15. lib. 1. Simon de Prædis consil. 163. num. 42. Paul. Pic. consil. 60. num. 3. aliq. nonnulli, rel. ii & approbati à Menochio consil. 569. volum. 6. num. 12. Quibus adjiciendi sunt Forsterus in tract. de successione ab intest. lib. 3. cap. 4. num. 10. & 14. Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. l. num. 160. Fachin. libr. 4. controvers. jur. cap. 74. D. Bocer. class. 3. disput. 10. th. 4. edit. 2. Foman. disput. 18. th. 1. ad lit. b. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 9. cap. 1. ad lit. l. Martinus Schickhard. disput. 11. ad Institut. th. 1. num. 1. & in resolut. quest. 1. & 2. Treutler. disputat. 16. thes. 1. sub lit. a. volum. 2. ibiq. in suis Notis Bachovius pag. 980. & Hunnius quest. 2. pag. 188. & seq. Hackelman. illustr. quest. disp. 18. th. 1. sub lit. b. Heigius hîc in cap. 1. num. 4. Hanonius disp. 12. sub controvers. 1. & Andr. Gerh. decad. 11. quest. 1. Quorum sententiæ & ego lubens meritoque subscribo. Et § 28 enim & is non malè dicitur intestatus, qui testamentum actu facere non potuit, argum. d. l. credendum. 4. §. hæc autem. 3. ff. qui petant. tut. vel. curat. d. l. 2. §. impuberem. 5. ff. ad SC. Tertyll. Quæ significatio licet minùs propria videatur: usu tamen juris, & communi stylo approbata est, d. l. 1. in princ. ibi, sed hos quoque pro intestatis accipere debemus. ff. de suis & legit. heredibus. d. l. pater. 14. §. ultim. ff. ad l. Falc. l. qui duos. 42. ff. de vulg. & pupill. substit. d. l. qui duos. 9. in princ. ff. de reb. dub. d. l. in testamento. 6. C. de testamento. milit. d. l. 2. C. de impub. & al. substit. l. sciant. 10. C. de legit. heredib. & l. omnem. 6. C. ad SC. Tertyll. in quibus locis omnibus, ut & aliis quibusdam, pupillus intestatus apertè appellatur. In statutis autem § 29 communem loquendi usum observandum esse, nemini dubium esse potest, argum. l. uxor. 32. in princ. & l. librorum. 52. §. quod tamen. 4. ff. de legat. 3. l. cum de lanionis. 18. §. item. 3. ff. de instructo, & instrum. legato. l. suppellectili. 3. §. ultim. ff. de suppellect. legat. Bartolus in l. talis scriptur. 30. num. 2. ff. de legat. 1. & idem ad titul. ff. de operis novi nuntiat. num. 6. & ibidem latè Franciscus Nicotinus num. 196. Et proinde quicquid lege, vel statuto, de intestatis cautum reperitur: illud ad pupillorum, furiosorum & prodigorum (dummodo illis substitutum non sit) successionem (ut & ad successionem feudalem) rectè porrigitur, argum. l. libertum. 64. §. 1. ff. de rit. nupt. Niellius Disputat. feudal. 5. thes. 1. ad lit. c. Idque § 30 eò magis dicendum est; quòd omnis hereditas aut ex testamento, aut ab intestato deferitur; adeoque tertia successionis species non datur. §. ultim. supr. per quas personas cuique acquiritur. l. 1. ff. de pet. hereditat. & l. 1. in princ. ff. si tabula testam. nulla extat. Sed hereditas à pupillo, cui nullus testamento substitutus est, ab intestato obvenit. Intestatum igitur eum dici oportet.

Non obstat, quòd statutum istud odiosum sit, luctuosum § 31 sam matrem hereditate privans, l. maximum vitium. 4. C. de liber. praterit. idque contra juris civilis provisionem, Auth. cessante. C. de legitim. hered. proindeque in benigniorem partem accipiendum; ita scilicet, ut ad eos tantum pertineat, qui proprie intestati decedere dicuntur, argum. l. ea, qua. 192. §. 1. ff. de R. I. nec ad pupillos, furiosos, & similes, qui testamentum facere non potuerunt, extendendum, argum. c. odia. 15. de R. I. in 6. maximè cum non delit ratio diversitatis. In illis siquidem, qui testamentum facere potuerunt, nec fecerunt, præsumptio est voluntatis, quâ se ad statutum accommodant, & ex mente statuti proximis agnatis, exclusâ matre, hereditatem relinquunt; in reliquis verò, qui, etsi aliter disponere voluissent, non tamen potuissent, præsumpta nulla pro agnatis voluntas militat. Non, inquam, illud obstat. Licet enim propter matrem odiosa in § 32 terpretatio videatur: consideratâ tamen pensulatè principali ratione ac mente statuti (ea quippe semper consideranda venit, l. scire leges. 17. ff. de legibus. d. l. libertum. 64. §. 1. ubi Gothofred. ff. de ritu nuptiarum.) quæ est conservatio familiarum (Familia etenim proprie consistit in agnatis, l. pronun-

l. pronuntiatio. 195. §. 1. ff. d. V. S.) maximum favorem continet, arg. l. 1. §. sed & si servus. 13. ff. de ventre inspiciend. l. super statu. 9. C. de questionib. Mynsing. cent. 3. obs. 26. in princ. latius Forster. d. lib. 3. de success. c. 4. num. 20. Et hinc haud obscurè patet, quod præsumpta defuncti voluntas hujusmodi delationis ad agnatos, exclusa matre, in causa non sit, nec differentiam importare possit: cum lex
 § 33 eam voluntatem non sequatur, sed ipsa legem. Voluntatem enim suam secundum leges regere, & moderari quisque præsumitur: alioquin si quis de facto impeditus testari non potuisset, agnati fuissent excludendi: quod absurdum est, *tr. dente Alciato ad d. l. intestatus. 64. num. 9. de verb. signific. quem refert & sequitur etiam Andreas Gerhardi d. Decad. 11. q. 1. in fin.* Non obstat etiam, quod verba statuti in propria significatione sint accipienda, maxime quando statutum juri communi est contrarium, arg. l. 1. §. licet autem. 20. ff. de c. c. act. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. l. quod constitutum. 21. ff. de testament. milit. l. si servum. 71. §. non dixit. 5. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Nam in statutis, ob communem loquendi usum, si is à proprietate verborum diversus est, recedi solet à propria verborum significatione per jura allegata supra num. 529. propterea quod, cum statuta municipibus, hominibus juris planè imperitis, præscribantur: idcirco ad modum potius loquendi apud ipsos usitatum, quam in jure receptum, sese statuentes accommodare soleant. Sed inspiciatur Hunnius d. quest. 2. pag. 189. ubi & aliis objectis
 § 35 unculis satisfacit. Quid autem, si codicillos quis fecerit, an putandum est, illum decessisse testatum? Nequaquam: quia testatum, aut intestatum esse, est adjunctum hereditatis. Hereditas autem codicillis non datur, nec adimitur. §. codicillis. 2. sup. de codi. illis. l. 2. l. si idem. 7. C. eod. & faciendo codicillos creditur quis sponte suà relinquere hereditatem legitimam successuris ab intestato. l. conficiuntur. 8. §. 1. ff. de jure codicill. *Ivan. Faber. hic num. 4. & Vult. num. 7.*
 § 37 Secundò decedit intestatus, qui fecit quidem testamentum, sed injustum sive minùs rectè; putà quia in eo juris solennia omisit. l. 1. ff. de injusto, rupt. irrit. fact. testam. l. si veritas. 23. C. de fidei commiss. l. si unus. 12. C. de testam. tot. tit. f. de testament. ordinandis. (paria enim sunt: aliquid omninò non fieri, vel minùs ritè & solenniter fieri. l. quoties. 6. ff. qui satisdare cogant. l. 2. ff. de auctorit. tutor. l. non putavit. 8. §. non quavis. ff. de bon. poss. contra tab. l. quamvis. 8. §. si convenerit. ff. ad SC. Vellejan.) aut pietatis officium præterit, malè exheredando filium, vel prætereundo: quo casu vel initio irritum est; vel per inofficiosi testamenti querelam, vel per bonorum possessionem contra tabulas, irritum efficitur, tot. tit. f. de exhered. liberor. & de inofficioso testam. §. quos autem infr. de bon. possessionib. tot. t. ff. & C. de inoffic. testam. d. l. 1. ff. de injusto, rupt. irrit. fact. test. l. 1. l. illud. 4. dict. l. non putavit. 8. §. à primò. 5. & seqq. ff. de bon. poss. contra tab.
 Tertio intestatus decedit sive moritur, cujus testamentum ex post-facto ruptum irritumve factum est, hoc principio nostro. Quia hoc testamentum licet jure factum ab initio, postea tamen infirmatum perinde habetur, atque si
 § 38 nullum esset, utpote jam sublatum. Rumpitur autem testamentum agnatione sui heredis, seu nativitate posthumi præteriti: irritum fit, capitis deminutione testatoris, & aliis modis, de quibus, f. tot. t. quibus. mod. test. infirm. & tot. t. ff. de injusto, rupt. irrit. fact. testamento.
 Postremo & is intestatus decedit, qui quidem initio testamentum jure fecit, sed ex eo nemo heres existit h. e. ex eo nemo hereditatem adit, per hoc princ. in fine l. 1. ff. de suis & legit. heredib. d. l. intestatus. 64. ff. de V. S. l. si quis posthumus. 9. §. 2. vers. sed & si heres. ff. de liberis. & posthum.
 § 39 heredib. instit. Et si enim reverà eo tempore, quo hic decedit, testatus censetur: attamen cum hæc res tractum quendam habeat, & quodammodo ab herede, qui caput ac fundamentum est totius testamenti, pendeat. §. ante heredis. 34. sup. de legat. judicari non potest, certum, ratum, perfectumque testamentum esse, nisi aditâ hereditate, propter tritam notamque juris regulam quâ traditur; vim omnem testamenti solvi, si nemo hereditatem subierit. l. si nemo. 9. ff. de testamentar. tutel. l. si nemo. 181. ff. de

regulis jur. l. filium. 20. circa princip. ff. de bonorum poss. contra tabul. l. eam, quamvis 14. C. de fidei commissis. cum similibus.

Porro intestatus quis decessisse in dubio præsumitur, § 40 non verò testatus, ut docuerunt Alexander, Iason, Cornueus, Sapia, Bolognetus, Cagnolus, & alii communiter ad l. si emancipati. 9. c. de collationib. Unde legitimam petens hereditatem, necesse non habet probare, intestatum aliquem decessisse: modò se proximior, & à lege vocatum esse, demonstret. Certum est enim, factionem § 41 testamenti pluribus indigere solennibus, quæ in facto consistunt: atque idè non præsumuntur. argum. l. quacunq. 13. §. ult. ff. de Public. in rem act. l. 1. C. de probationib. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun. Et eà de re egregiè diligenterque scripserunt Franciscus Mantica lib. 2. de conjectur. ult. volunt. tit. 1. Didacus Covarruvias lib. 2. variar. resolut. cap. 6. n. 5. Menochius de presumption. lib. 4. præsumpt. 1. Mascard. de probat. vol. 2. concl. 937 & vol. 3. concl. 1352. Petrus Heigius hic c. 2. n. 5. cum seq. & Fachinans lib. 6. controversiar. jur. cap. 46. Quibus adstipulantur Rittershusius in d. Expositione Nov. Justin. part. 7. c. 1. n. 6. Treutler. vol. disp. 16. th. 1. lit. A. ibique Bachovius pag. 981. cum seq. & Hunnius pag. 190.

§. Intestatorum. 1. & §. sui autem heredes existimantur. 2.

§. Intestatorum autem hereditates ex lege duodecim tabularum, primùm ad suos heredes pertinent.

§. 2. Sui autem heredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiavè, nepos neptisvè ex filio, pronepos proneptisvè ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitarum dati secundum divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Necnon eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus: ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum quâ poterat habere conjugium, & ex eâ liberos sustulerit: postea verò affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum eâ fecerit, & filios vel filias habuerit: non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse: sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus, & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtrahiti. Ita demum tamen nepos neptisvè, pronepos proneptisvè, suorum heredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse: sive morte id acciderit, sive aliâ ratione, velut emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit: nepos ex eo, suus heres esse non potest. Idque & in cæteris deinceps liberorum personis dictum esse intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.

S U M M A R I A.

- 1 Qua persona ab intestato succedant.
- 2 Iure civili novo quot sint succedendi ordines.
- 3 Ratio differentia inter ius novum & vetus.
- 4 Potissimum ius est suorum heredum.
- 5 Iure natura parentum hereditas debetur liberis.
- 6 Sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur.
- 7 Sui heredes propriè & verè qui dicantur.
- 8 Adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales.
- 9 Suis heredibus qui connumerentur.
- 10 Legitimatorum liberorum quot genera.
- 11 Verùm ad legitimatorem per subsequens matrimonium sufficiat, quod tempore natiuitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum.
- 12 Quatenus is, qui in utero est, pro iam nato habentur: & num. 16.
- 13 Ingenui qui vocentur.
- 14 Sensus & consideratio l. Paulus. II. ff. de statu homin.
- 15 Ecquid legitimatio per subsequens matrimonium dotalia instrumenta requirat.
- 16 Inter suos heredes, quales posthumi referantur.

1 **D**ifferit hîc Imp. Justinianus de personis, quæ ab intestato succedunt. Earum autem personarum jure civili veteri, quod ex lege duodecim tabularum defluxit, duo tantum sunt gradus seu ordines: prior suorum; alter legitimorum sive agnatorum, teste Ulpiano in *fragm. Instit. tit. 26. §. 1. in princ. ff. unde cognati. & Cajo lib. 2. Instit. tit. 8. & Paulo lib. 4. recept. sentent. tit. 8.* De priori gradu explicatur sub hoc titulo: de altero, sub titulo proximo. Huc accesserunt ex jure Prætorio duo alii gradus: quorum unus est cognatorum: alter viri & uxoris. De illo agitur *infr. tit. de successione cognator.* de hoc verò in §. *sed eas quidem. 4. vers. aliam. infr. de bonor. possessionibus.* Sed jure civili novo tres sunt ordines: descendendum scilicet, ascendendum, & collateralium, de quibus in *Novell. 118. Forster. lib. 3. de successione. ab intestat. cap. 7. num. 8.* Quibus additur gradus viri & uxoris, item fisci, ut *suprà circa principium hujus tituli ubertim explicatum.* Ratio differentia juris novi & veteris hæc assignari poterit: quia jure novo spectatur ratio naturæ, & sanguinis: jure veteri inspicitur ratio civilis, quæ est, tum patria potestas, tum jus familiæ, & agnationis, l. *cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. Anth. in successione. C. de suis & legit. liber. Rittershus. ad principium hujus tit. pag. 337.* Cæterum ad jus antiquum, & id, de quo tractatur in his Institutionibus, quod attinet: duo (ut modo dictum) sunt successionis ab intestato ordines civiles; suorum, & agnatorum: & duo Prætorii; cognatorum, & viri uxorisque. De priore ordine civili, videlicet suorum, hoc jus est: intestatorum hereditates ex lege XII. tabularum primum ad suos heredes pertinere. Ita enim lex ista habuit: *Si intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Ulpian. d. tit. 26. l. *pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat.* Ratio, cur primum & potissimum jus sit suorum heredum, hæc est: tum quia jure naturæ parentum hereditas debetur liberis, l. *nam etsi. 15. ff. de inoffic. testam. l. scripto. 7. in fine. ff. unde liberi. l. penult. §. 2. in fin. ff. de bonis libertor. & suprà expositum in principio hujus tit. num. 55. & 71.* Tum quia (quæ est ratio civilis) sui heredes, etiam vivis parentibus, quodammodo domini existimantur: adeò, ut hoc dominium post mortem parentum in ipsos continuetur: & non tam hereditatem percipere, quam liberam bonorum administrationem consequi videantur. l. *1. §. largius. 12. vers. quia arctandi. ff. de successor. edict. §. sui autem. 2. vers. sed sui quidem. f. de hered. qual. & differ. l. in suis. 11. ff. de liberis & posthumis heredib. instit. §. 3. vers. & statim morte, &c. ubi nos latius. infr. hoc tit.*

7 Sui autem heredes propriè & verè sunt liberi, qui in potestate morientis proximi fuerunt, hîc & d. §. *sui autem. 2. suprà, de hered. qual. & differ. ubi singula hujus definitionis verba ita copiosè explanata sunt, ut eadem inculcare nihil necesse sit. Eandem definitionem etiam diligenter*

discussimus part. 1. Disputationum nostrarum ad Institut. Disput. 26. th. 4. Nec verò interest, utrum naturales & legitimi sint liberi, an adoptivi, hîc & l. *1. §. suos. 2. ff. de suis & legitimis heredib. Paul. d. lib. 4. recept. sent. tit. 8. & Cajo d. lib. 2. Instit. tit. 8.* Hujusque ratio est hæc: quoniam niam adoptivi in plerisque juris articulis eodem jure censentur, quo naturales, id est, ex legitimo matrimonio nati, §. *in plurimis. 9. f. de adoptionibus.* In quibus autem adoptivis hoc obtineat, ipse Justinianus declarat in §. *sed ea omnia. 14. infr. hoc tit.*

Suorum porro heredum loco sunt legitimati, ex constitutionibus Principum, de quibus hîc in *vers. quibus connumerari, &c. & emancipati, ex edicto Prætoris, de quibus in §. emancipati. 9. infr. hoc tit.* Legitimatorum autem liberorum genera hoc loci exponuntur duo: primum est ex oblatione curiæ, quod introduxit Imp. Theodosius, l. *siquis. 3. C. de naturalib. liber.* quodque hodie in usu amplius non est, ut indicatum in §. *ult. supr. de nupt. num. 2.* Alterum, quod Constantinus invenit, hodieque viget, est ex subsequente matrimonio, l. *divi q. C. de naturalib. liberis.* Si quis enim extra figuram conjugii usus est consortio ejus mulieris, cum quâ jure matrimonium contrahere potuit, & postea contraxit: liberi, etiam ante matrimonium contractum, ex eâ suscepti, jus suorum heredum nanciscuntur, legitimique fiunt, hîc & d. §. *ult. vers. nec non is, &c. f. de nupt. c. tanta est vis. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Rectè dicimus: cum quâ jure matrimonium contrahere potuit. Nam si inter eas personas matrimonium jure subsistere non potuisset, propter impedimentum aliquod juris naturalis, canonici, vel civilis: nuptiæ, quantumvis mutuo consensu contractæ, minime proficient liberis ad jus legitimorum consequendum, per hunc textum nostrum, & l. *cum quis. 10. C. de naturalib. liber.*

Sed valde controversum est; utrum sufficiat, quod tempore natiuitatis liberorum, matrimonium parentes contrahere potuerint: an verò præcisè conceptionis etiam tempus sit attendendum? ut si deportatus, qui civis Romanus non est, rem cum aliquâ habuerit, & postmodum ante natiuitatem receperit jura civitatis, num hoc satis sit: etiam si tempore conceptionis istæ personæ ad nuptias ineundas quæ tantum inter cives Romanos consistunt, idoneæ non fuerint? Et quidem ut matrimonium ipsius conceptus tempore contrahi potuerit, præcisè requiri, docuerunt Cynus ac Paul. Castrens. in l. *ex libera. 6. & Salicetus in l. filium. 7. C. de suis & legit. liberis. Anton. de Rosell. in tract. de legitim. tit. de causa materiali legitimat. num. 26. & Sarmientus lib. 1. selectar. interpret. c. §. num. 10. & seq.* Verum ex adverso Hostiensis, Ioan. Andrea, Anton. Butr, & Cardinal. in d. c. *tanta. 6. ext. qui filii sint legit. Didac. Covar. in Epitom. de sponsalib. part. 2. de matrim. c. 8. §. n. 2. hosque referens Fachinæus lib. 3. controversiar. jur. c. 50.* & alii communiter statuunt: tempus conceptionis ad nuptiarum habilitatem non desiderari; si modò natiuitatis tempore nuptiæ potuerint inter parentes contrahi. Hæcque sententia (quæ & mihi non displicet) probatur ex eo, quod ita jure cautum est, ut vel conceptionis, vel natiuitatis tempus inspicatur, quatenus scilicet filiorum legitimatiori magis expedit: idque liquet primum ex l. *qui in utero. 7. ff. de stat. hom.* ubi Paulus, *Qui in utero est, inquit, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partis queritur.* Si ergò de incommodis ejus agatur, secus erit: atque adeò isto casu pro non nato habendus erit; & natiuitatis ejus tempus inspicietur. Secundò id patet ex §. *sufficit. suprà, de ingenuis. & l. & servorum. §. 2. ff. de stat. hom.* ubi textus ita habet: *Ingenui sunt, qui ex matre libera nati sunt.* Sufficit enim, liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et è contrario si libera conceperit, deinde ancilla pariat: placuit, eum qui nascitur liberum nasci. Tertiò id ipsum apparet ex l. *nuper. 11. circa fin. C. de naturalib. lib.* ubi Justinian. ita rescripsit: *Et generaliter definimus, & quod super hujusmodi casibus variabatur, definitione certâ concludimus, ut semper in hujusmodi questionib. in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partis tempus inspicatur, & hoc favore facimus liberorum, ut*

editionis tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbati, infantum conditionis utilitas exposulat. Accedit ad ejusdem sententiæ confirmationem textus propositi §. nostri. *vers. quibus connumerari, &c.* in quo generaliter dicitur; omnes liberos, etiam ante nuptias procreatos, per subsequentes nuptias legitimari: nec distinguitur, an tempore conceptionis matrimonium inter parentes esse, vel non, potuerit. Ergo nec nos distinguere debemus, *arg. vulgata l. de pretio. 8. ff. de public. in rem actione.*

14 Non obstat *l. Paulus. 11. ff. de statu homin.* ubi is, qui ignorante patre ex filia concipitur, illegitimus esse pronuntiatur, quamvis mortuo avo suo nascatur: & tamen certum est, avo mortuo potuisse inter patrem nuptias legitimas celebrari. Sed cum conceptionis tempore non potuerint subsistere nuptiæ: nihil conducit tempus natiuitatis. Non obstat, *inquam*, lex illa. Nam in eâ de consensu novo nuptiarum legitimè contrahendarum nihil constabat: ideoque merito responsum est, secundum facti speciem ibidem propositam; liberos non fieri legitimos. Ad hoc enim, ut legitimi efficiantur, non tantum requiritur, ut tempore natiuitatis liberorum nuptiæ potuerint contrahi; sed necesse etiam est, ut reverâ per consensum in matrimonium de præsentis sint contractæ & confirmatæ. *Aliis leviorib. quæ adduci solent, objectionibus respondit Fachinæus. d. lib. 3. cap. 50.*

15 Ut autem legitimatio per subsequens matrimonium valeat: nuptialia sive dotalia instrumenta jure civili omnino exiguntur, *hic & d. §. ult. f. de nupt. d. l. nuper. 11. C. de naturalib. liber. Novell. 12. c. 4. & Novell. 18. cap. 11.* Iure verò pontificio & moribus nostris illa non requiri, plerisque placuit, *d. c. tanta. 6. ext. qui filii sint legitimi.* Wesseningio *hic in d. vers. quibus connumerari. num. 6. & Mynsingerio num. 8.* Covarruv. *d. Epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 2. n. 8.* Hieron. *de Cavallos in specul. anr. commun. opin. cont. commun. quest. 591. & aliis, tum per eos, tum per nos designatis sup. d. §. ult. de nupt. n. 4.* Caterum præter istos duos, hoc loco relatos, legitimandi modos, sunt & alii, de quibus videatur *Nov. 89. per tot. & de iis explicatiùs tractatum est supra in præallegato §. ult. de nupt. num. 36. cum seq. & f. in principio hujus t. num. 271. & subsequentibus.*

16 Denique inter suos heredes non solum nati, sed etiam posthumi referuntur illi, qui si vivo parente nati essent, in ejus potestate fuissent, primumque gradum obtinuissent, *hic in fine, & l. 3. ff. de injusto. rupt. irrit. factis testam.* Ejusque ratio est perspicua: quia posthumi, sive ii, qui sunt in utero, pro jam natis habentur, cum de ipsorum commodo agitur, *prædicta l. qui in utero. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legitim. heredibus l. cum quidem. 30. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. hereditat. & dictum supra initio hujus tit. num. 60.*

§. Sui autem heredes fiunt. 3.

§. 3. Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes: & licet furiosi sint, heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur: ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis; cum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas. Nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

S U M M A R I A.

- 1 Extranei heredes qui dicantur.
- 2 Sui sine ullâ additione, etiam ignorantes & inviti, heredes fiunt: ejusque ratio.
- 3 Qua ipso jure fiunt, nobis etiam invitis & ignorantibus fiunt.
- 4 Morte parentis dominium rerum paternarum continuatur in suos heredes.
- 5 Unius rei dominium penes duos in solidum esse nequit.

- 6 An possessio in suum heredem absque ulla apprehensione continuetur.
- 7 Possessio animo & voluntate retinetur.
- 8 Animus & voluntas morte finitur.
- 9 Quid in heredem transfundatur.
- 10 Sui non dicuntur adire hereditatem, sed se ei immiscere.
- 11 Sui non plus operatur in suo, quam aditio in extraneo.
- 12 Fictio in iis, quæ facti sunt, locum non habet.
- 13 Pater & filius eadem penè persona esse reputantur.
- 14 Ratio differentia inter dominium & possessionem.
- 15 Intellectus l. cum miles. 30. ff. ex quibus caus. majores, &c.
- 16 Sine possessione usucapio non contingit.
- 17 Usucapio quatenus ante aditam hereditatem impleatur.
- 18 Sententia l. 2. C. de usucapione pro herede.
- 19 Viventis nulla est hereditas.
- 20 A proprietate verborum non facile recedendum.
- 21 Non quid dictum, sed quâ mente dictum sit, perpendendum.
- 22 Verborum prior, verum potior vis atque potestas.
- 23 Sensus verus l. 2. §. 1. vers. filium. ff. pro herede.
- 24 Res immobilis tradi non potest.
- 25 Nihil refert, quid ex equipollentibus fiat.
- 26 Explicatio l. gerit. 88. ff. de acquir. vel amitt. heredit.
- 27 In toto & pars continetur.
- 28 Quis pro herede gerere dicatur.
- 29 Conciliatio l. per procuratorem. 8. C. de acquir. possess. cum l. naturaliter. 12. ff. eod.
- 30 Nicolaus de Passeribus à Genoa, impudentia arguitur & convincitur.
- 31 An & quatenus interdictum unde vi, heredibus competat.
- 32 Possessio rerum etiam feudalium à patre in filium non ipso jure migrat, sed apprehensione indiget.

ET si heredes extranei (quicumque scilicet non sub-
editi sunt potestati testatoris, §. ceteri. 3. sup. de her.
qualit. & differ. Forster. lib. 2. de successionib. cap. 18. num.
55. & seq.) necesse habent adire hereditatem, hæcque iis
ignorantibus atque invititis non acquiritur, *l. nec is. 17. cum
ll. seq. ff. de acquir. vel amitt. heredit. & expositum est superi-
ùs in §. in extraneis. 4. & §. extraneis autem. 5. & §. final.
de hered. qualit. & different.* tamen sui sine ullâ additione
heredes fiunt, etiam ignorantes & inviti, hoc §. & l. lege Cor-
nelia. 12. ff. qui testam. facere poss. l. 1. §. qui sunt. 7. ff. si quis,
omissa causa testamenti, &c. Cujus ratio est: quia sui
ipso jure, hoc est, legis ipsius vi ac potestate, nullo homi-
nis intercedente facto, heredes constituuntur & existunt.
*l. in suis 14. ff. de suis & legitim. heredib. l. si fratris. 3. ibique
Gothofred. ad lit. 1. C. de jure deliber. l. l. Paul. lib. 4. sententia
tit. 8. §. qui sui heredes, &c. Donellus libr. 7. Commentar. de
jure civil. cap. 2.* Quæ autem ipso jure fiunt: nobis etiam
invitis & ignorantibus fiunt, sicut explicatum in §. item vo-
bis. sup. per quas pers. cuiq. acquir. & notat hic D. Giphani.
Itaque & furiosis & infantibus, & peregrinantibus modò
suis, ut hereditas, ita & legata, & fideicommissa, & actio-
nes, acquiruntur, *l. si à furioso. 12. ff. de reb. credit.
l. si à furioso 24. & l. furiosus. 46. ff. de obligat.
& act. Paul. loco ante allegato.* Et sanè statim mor-
te parentis dominium rerum hereditariarum seu paterna-
rum continuatur in suos heredes, per hunc textum: quasi
scilicet vivo adhuc parente domini sint, *l. in suis 11. ff. de
liberis & posthumis, &c.* Rectè, quasi, Reverâ enim non
sunt domini, vivo adhuc patre: sed solus pater verè do-
minus est: quoniam unius rei dominium penes duos in so-
lidum esse non potest, *l. si, ut certò. §. ult. ff. commodati.*

Perelegans & egregia hoc loco examinanda occurrit
quæstio: Anne sicuti dominium, ita & possessio in suum
heredem absque ullâ apprehensione continuetur? Et
(quicquid in contrarium adferant Corasius lib. 6. Miscell.
jur. civil. c. 12. Duarenus ad t. ff. de liber. & posth. c. 3. pag.
mibi. 459. & Forster. d. lib. 2. de successionib. c. 4. num. 17.
& seqq.) sententiam negantem à veritatistramite non alie-
nam esse, omnino persuasum mihi habeo, per textum in
l. cum heredes. 23. in princ. ff. de acquir. vel amitt. possess.
ubi his verbis à J. C. Iavoleno responsum est; Cum heredes
instituti sumus: aditam hereditate, omnia quidem jura ad
nos transeunt: possessio tamen, nisi naturaliter comprehen-
sa, ad nos non pertinet. Et ratio non obscura est: Tum
quia possessio animo & voluntate retinetur, *l. 3. §. sed &
si animò. 7. l. clam possidere. 6. in fin. l. si id. 25. §. ult. l. qui
universas. 30. §. quo per colonum. 4. ff. de acqu. vol. amitt.
possess. l. licet. 4. C. eod.* Animus autem atque voluntas de-
functi

- functi morte finitur, *l. locatio. 4. ff. locati. c. si gratiosè. §. ext. de rescript. lib. 6.* E. animo & voluntate extincta, etiam possessionem extinctam censeretur, proindeque continuari non posse, dicendum est, *l. furium. 37. §. 1. ff. de usurpat. & usucap.* Tum quia in heredem id duntaxat transfunditur, quod est hereditatis, *l. 1. §. Scævola. 1. §. ff. si quis testamento liber esse iussus. & c. l. omnia ferè. 193. ff. de reg. jur.* Sed possessio non est hereditatis, *d. l. 1. §. Scævola. ff. si quis testamento. & c.* Igitur in heredem non transfunditur: & consequenter novâ apprehensione opus habet, siue heres suus sit, siue extraneus, *d. l. cum heredes. 23. in princip. ff. de acq. vel amitt. possess.* Nec quicquam oberit, si obijciatur, in hac lege 23. aditionis mentionem fieri: ibi, *aditâ hereditate*: hocque verbum propriè extraneorum esse: cum sui non dicantur adire hereditatem, sed se ei immiscere, *d. §. extraneus autem. §. ff. de hered. qual. & differ. l. 3. §. fin. & l. seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur*; Nam licet verbum *aditionis* propriè ad extraneos spectet: hîc tamen in latiori significatu etiam suos heredes complectitur. Neque enim minùs suus, quàm extraneus, hac in parte apprehensione possessionis indiget: cum ratio, quæ in utroque eadem, idem etiam jus in utroque efflagitet, *l. illud quasitum. 3. 2. ff. ad leg. Aquil.* Et passim in jure nostro differentiam inter aditionem & immisionem confundi, in confesso est, *d. l. si fratris. 3. C. de jure deliber. cum similibus.*
- 11** Præterea *suitas* (*ut loquuntur*) non plus operatur in suo, quàm aditio in extraneo, *arg. l. si is, qui pro emptore. 1. §. ff. de usurp. & usuc.* Atqui heredes extranei nequidem hereditate aditâ possident, *d. l. cum heredes. 23. ff. de acq. vel amitt. possess.* Ergo nec sui heredes virtute *suitatis* possidebunt. Et quamvis contrariæ opinionis patroni hanc ipsam rationem ita diluere conentur, ut dicant: eam obtinere respectu acquisitionis domini, non etiam possessionis, quasi *suitas* plus roboris virtutisque habeat in suo, quoad possessionem: nescio tamen, an isthæ distinctio juri undiquaque conveniat. Nullâ etenim lege eam probati posse crediderim: neque hîc nostrum est distinguere, cum leges inter suum & extraneum heredem non distinguant, *arg. l. de pretio. 8. ff. de public. in rem act.*
- 12** Confert quoque huc, quod fictio in iis, quæ facti sunt, in possessione, locum non habeat, *l. deniq. 19. ff. ex quibus caus. major. in integr. restitut. l. 3. §. 3. l. possessionem. 29. ff. de acq. vel amitt. possess.* Quod autem filius, mortuo patre, possidere intelligatur, non nisi per fictionem dici potest: cum pater & filius eadem penè persona esse reputentur, *l. ult. C. de impub. & aliis substitut. Novell. 48. in princip. §. si quis alii. 4. in fine. infr. de inutilib. stipul.* Nec movet, si regetur; fictionem etiam in iis, quæ in facto consistunt, habere locum: veluti, lex fingit, defunctum apud hostes, ante captivitatem occubuisse, *§. fin. ff. quib. non est permiss. fac. testam. l. lege Cornelia. 1. 2. ff. qui testam. fac. poss. reversum ab hostibus, semper in civitate fuisse, §. si ab hostibus ff. quib. mod. ius patr. potest. sol. in utero existentem, jam natum esse, l. qui in utero. 7. ff. de statu hominum.* mortuum pro salute Reipublicæ, in perpetuum vivere, *§. 1. ff. de excusation. b. tutor. & his similia.* Eo enim ipso, quod illa jure concedente & permitte fiunt, efficitur: fictionem privatâ auctoritate factam nihil operari. Nullibi verò in jure nostro expressum est, filios vivo patre naturaliter possidere. Ratio porro differentie inter dominium & possessionem, tur illud in heredem suum continuetur, hæc non item, in promptu est: quia dominium in jure, possessio in facto consistit, *d. l. 1. §. furiosus. 3. & d. l. possessionem. 29. ff. de acq. vel amitt. possess.* Iam verò quæ sunt juris facile ab uno transeunt in alium: quæ sunt facti, non item, *arg. l. qui hered. 44. in princip. ff. de condu. & demonstr. & l. quod dicimus. 23. l. ff. de verb. signif.*
- 15** Non adversatur Pauli sententia, qui disertè ait, possessionem defuncti, quasi junctam, descendere ad heredem, adeoque apprehensione opus non esse, *l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. majores, & c.* Nam possessionis vocabulum ibi improprie pro usucapione positum est, ut & in *d. l. denique 19. ff. eod. tit.* idque ex illistextus verbis latis evincitur: & plerumque nondum hereditate aditâ, completur. Quæ verba de usucapione, tanquam ipsius possessionis effectum, intelligenda esse, sole illustrius est: quia vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem intercessit, ad usucapionem complendam heredi procedit. *l. nunquam. 31. §. vacuum. §. l. ceptam. 40. ff. de usurpat. & usucap.* Nec infrin-
- 16** git hanc responsionem, quod sine possessione usucapio contingere nequeat, *l. sine possessione. 2. §. ff. d. tit. c. sine possessione. 3. ext. de reg. jur. in 6.* per rerum autem naturam fieri non possit, ut hereditas jacens, hoc est, quæ nondum adita est, vel per se, vel per alios possideatur; cum animo careat, factorumque sit incapax, *l. 1. §. Scævola. ff. si is, qui test. liber esse iusserit, & c.* Etenim id jure & ratione singulari receptum est: ut etiam ante aditam hereditatem usucapio impleatur, *l. iusto. 44. §. nondum 3. ff. de usurp. & usuc. d. modo tempore medio ab alio possessa non fuerit, l. possessio. 20. ff. eod.* Quia enim ante aditionem nihil heredi (qui jure secum deliberat, consultumne sit, hereditati se immiscere, quæ forte plus damni, quàm commodi adferre possit) imputari potest, quare possessionem non apprehenderit: æquitatis causâ, adversus rigorem juris, introductum est; ut hereditas tantisper defuncti personam sustineat; & aditio hereditatis retrahatur, temporique mortis defuncti; ad continuandam possessionem, jungatur, *§. diutina. 12. sup. de usuc. l. heres. 22. dict. l. iusto. 44. §. nondum. 3. ff. dict. tit.*
- Nec præterea urget, si quis ulterius instando replicaret; prædictam *l. cum miles. 30. ff. ex quib. caus. majores, & c.* non de usucapione, sed de possessione, prout verba sonant, esse accipiendam: propterea quod ab Imp. Diocletiano & Maximiano rescriptum sit; nihil pro herede usucapi posse, suis heredibus existentibus, *l. 2. C. de usucapione pro herede.* Nam Imp. ibidem non dicunt suum heredem usucapere non posse pro herede: sed potius dicunt, suis existentibus heredibus, nihil posse pro herede usucapi, scilicet ab extraneo. Ut enim viventis nulla est hereditas, *l. 1. ff. de heredit. vel act. vendit.* ita etiam quamdiu sui heredes existunt (quorum potissima causa est *ut in §. 1. supr. hoc tit. audivimus*) non potest ullus alius ad pro herede usucapionem admitti: cum hereditas ipso jure jam antè adita à suis heredibus intelligatur, *d. l. in suis. 14. ff. de suis & legit. heredibus.* usque adeo, ut sine herede non sit, qui suum heredem, licet abstinentem se, reliquit, *l. cum, quasi. 30. §. sed & si. 10. ff. de fideicommissar. libertat. Et de sensu istius legis 2. C. de usucap. pro herede. explanatius dictum est ad principium tit. supr. de usucap. num. 122. & seqq.* Et quamvis *d. l. 20. cum miles.* possessionis mentionem faciat, & à proprietate verborum non facile recedendum sit, *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* ita tamen verba exaudiri oportet, ut materiæ subjunctæ inserviant, *arg. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb.* Neque enim quid dictum scriptumvè, sed quâ mente dictum scriptumvè sit, perpendendum est. *l. penult. ff. ad exhibend.* Verborum igitur ut prior; ita rerum seu mentis præstantior vis est, atque potestas. *l. Labeo. 7. §. ult. ff. de suppellectile legat. l. non dubium. §. C. de ll. l. scire oportet. 13. §. aliud vers. sed et si. ff. de excusation.*
- Rursus non obest, quod Iulianus ex Servio refert: naturalem possessionem, vivo patre, penes filium esse *l. 2. §. filium 2. ff. pro herede.* Id enim adeum respicit casum, quo filius rem à patre sibi donatam & traditam apprehendit; ac proinde cum, vivo adhuc parente, rei donatæ possessionem sit consecutus: novâ apprehensione, eo mortuo, opus non habet. Et sanè cum in casu dictæ *l. 2. §. 2.* filius pro donato, & non pro herede possideat: inde infallibiliter sequitur, ibidem possessionem defuncti in filium, tanquam suum heredem, non fuisse ipso jure continuatam, & successione acquisitam. *Titius F. ber Disp. 16. ad Instit. Imper. th. 10.*
- Similiter non obstat, possessionem aliquando etiam absque corporali apprehensione acquiri posse, non secus ac dominium: præsertim cum res immobilis, ut hereditas, tradi non possit. *l. 1. §. si iusserim. 21. l. quod meo. 18. §. si venditorem. 2. ff. de acq. vel amitt. poss. cum similib.* Nam idem est, siue naturalis fiat apprehensio, siue tale quid interveniat, quod pro naturali apprehensione habetur, legibus modò allegatis, & *l. quarundam. §. 1. ff. eod. tit.* Nihil siquidem refert, quid ex æquipollentibus fiat, *l. fideicommissa. 11. §. si cui ff. de legat. 3.* Regulariter ergo naturalis requiritur apprehensio, idque in rebus mobilibus ut plurimum: sed in immobilibus & incorporalibus patientia est loco

loco traditionis. l. i. §. fin. ff. de servit. præd. rustic. l. si ergo. II. §. i. ff. de Public. in rem. act. l. 3. §. si iter. & ibi Gothofred. ff. de actionib. empt. Quæ omnia non solum in illis obtinent rebus, quæ primò occupanti adjiciuntur. §. illud quaesitum. l. 3. ff. de rerum divisione, &c. verum etiam in jam acquisitis, per textum expressum in l. qui universas. 30. §. quod per colonum. ff. de acquir. vel amitt. possess. ubi Paulus in hunc modum respondit: *Quod ego per colonum possideo: heres meus, nisi & ipse nactus fuerit possessionem, possidere non poterit. Retinere enim animo possessionem possumus; adipisci non possumus.*

26 Hoc amplius non obstat l. gerit. 88. ff. de acquir. vel amitt. heredit. ubi idem Paulus inquit, possessionem esse in hereditate. Iam autem omne id, quod hereditatis est, ad heredes transit, l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum signi-

27 ficat. l. omnia. 193. ff. de regulis juris. Acquisita ergo hereditate, tanquam aliquo toto: utique & possessio, velut pars ejus, necessario acquisita videtur. Siquidem in toto & pars continetur, l. si quis. 7. ff. de except. rei jud. l. in toto. II. 3. ff. de reg. jur. Non obstat, inquam. Paulus enim improprie dicit, possessionem esse in hereditate: cum facti sit, & mortuo possessore evanescat: ac proinde omnino apprehendi ab herede debeat, ut suprà demonstravimus.

28 Declarat autem illic Iurisconsultus, quisnam pro herede gerere dicatur: & ait, etiam eum gerere pro herede, qui animo agnoscit successionem, tametsi nihil attingat hereditarium. Iam verò dubitabatur de domo pignori datâ defuncto, quam constat inter corpora hereditaria non referri. l. & non tantum. 29. in princ. ff. de petit. heredit. quærebatur, inquam: utrum is, qui domum pignori datam, sicut hereditariam, retinuit, pro herede gessisse videretur? Et Iurisconsultus decidit, eum gessisse pro herede. Ratio decisionis sumitur ex l. si quis extraneus. 21. §. i. ff. de acquir. vel amitt. heredit. quia interdum animus solus quem obstringit hereditati: ut putâ si re non hereditariâ quasi heres usus sit. Licet ergo domus illa oppignorata, non fuerit ex corporibus hereditariis: tamen qualisqualis ejus possessio fuit in hereditate: hoc est, tamen illa retentio gestionem pro herede arguit.

29 Pariter nihil ad rem pertinet, quod Imperatores asserunt: proprietatem à possessione separari non posse, l. per procuratorem 8. C. de acq. & retinend. possess. Nam id ad subjectam & propositam facti speciem referendum est. Venditor enim habens proprietatem & possessionem rei, vendidit eam rem procuratori, ut & proprietas & possessio simul emptori acquireretur; hocque respectu lex dicit, proprietatem à possessione non posse separari. Quâ lege ita breviter explicatâ, ei non repugnat Ulpianus in l. naturalit. 12. §. i. ff. eod. tit. ubi ait: proprietatem cum possessione nihil commune habere. Quia hoc vult dicere: qui rem vindicat, non renunciat ejus possessioni. Non igitur sunt eadem proprietas & possessio. Si namque idem essent: renuncians rei vindicationi non posset agere possessorio. Aliâs verò expeditum est, proprietatem & possessionem nonnihil commune inter se habere. Utraque enim per easdem personas acquiritur. §. item vobis. 3. vers. non solum. & §. de iis. 4. vers. non solum autem. suprà per quas personas cuiq. acquirit. & à possessione dominium incipit. l. i. §. i. ff. de acq. vel amitt. possess. &c. Illud hîc omittere non possum, quod

30 Nicolaus de Passeribus à Genoa; in conciliat. cunctar. leg. part. 2. sub tit. Anton. Govean. &c. p. 991. edit. 2. n. 55. & seqq. imprudenter & impudenter dicat: me contrarietatem quandam statuere inter d. l. naturaliter. §. 2. §. i. ff. de acquir. vel amitt. possess. & d. l. per procuratores. 8. C. eod. tit. Contrarium quippe ex meis verbis hoc loco positum evidentissimè constat. Expresse etenim ajo: non repugnat Ulpianus, &c. Ergo ille proculdubio somniavit, non ego: qui ubiq. in meis Scriptis inculco nullam in jure extare tantam contrarietatem, quæ conciliari non possit. l. i. §. nulla. 8. & l. 2. contrarium. 15. C. de vet. jur. enucl.

31 Nihil deniq. refragatur l. i. §. hoc interdictum. 44. ff. de vi arm. ubi scriptum est, heredibus competere interdictum unde vi: quod interdictum recuperandæ possessionis esse, apertissimi juris est, d. l. i. §. i. ff. d. tit. §. recuper. 6. inf. de interd. Recuperamus autem possessionem, quam antea habuimus. Unde videtur dicendum heredem aut superstitem defuncto

possedisse, aut morte ejus possessionem ad illum continuò transivisse. Hoc, inquam, nihil refragatur. Namque heres eo interdicto experitur non ex personâ suâ: cum nec superstitem defuncto possederit; nec post illius obitum possessionem apprehenderit, quam alius occupaverat: sed ex personâ defuncti. Quinimò cum actio ista in bonis defuncti fuerit: meritò ab herede, tanquam universi juris succellore, intentari potest. d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verborum signific. & l. heres. 37. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Ex quibus omnibus tandem conclusum relinquitur: possessionem defuncti in filium, sive suum heredem, non nisi naturaliter apprehensam, continuari. Et sic, post Bartol. in d. l. cum heredes. 23. ff. de acquir. vel amitt. possess. aliosq. plurimos à se citatos. sentit Tiraquellus in tract. Le mort. saisit. levif. in præfat. declarat. 3. num. 6. Roland. à Valle consil. 46. num. 26. & seqq. vol. 2. Viglius ad §. sui autem. num. 5. suprà de heredum qual. & differ. Giphanius hic in vers. & statim morte parentis, &c. Cujacius ad dict. leg. in suis. II. ff. de liber. & posthum. &c. Borch. in Commentar. ad tit. ff. de acquir. vel amitt. possess. cap. 8. num. 26. Bocerus class. 3. Disput. II. th. 10. edit. 2. Gæddens ad dict. leg. nihil est aliud. 24. ff. de verborum significat. num. 18. & seq. Bronchorst. centur. 2. ἐναρτιστικὸν assert. 64. edit. 1. Arumaus Exercitat. Justin. 10. in corollar. & Hunnius lib. 2. var. resolut. jur. civ. tractat. 5. quest. 28. pag. 597. & seq. Quæ conclusio non solum in possessione rerum patrimonialium; sed feudalium etiam locum habet. Nam & harum possessio à patre in filium non migrat ipso jure: sed facto, hoc est, apprehensione opus est. Atque ita in Camera Imperiali judicatum fuisse, testatur Mynsinger. hic num. 4. & Gail. lib. 2. observ. 129. & 152. Adde Doctorem Martam tom. 3. digestorum novissimorum. tit. possessio. cap. 84. & seq. fol. 257. ubi scribit, frequentius decisum esse; valere consuetudinem sive statutum, quod possessio rerum hereditariarum ipso jure in heredem suum sine apprehensione transeat: ita ut heres post mortem defuncti statim in dominio & possessione rerum omnium, hereditario jure obvenientium succedat.

§. Interdum. 4. cum §. seq.

§. 4. Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus heres non fuerit; tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui. Jus enim postliminii hoc facit.

§. 5. Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familiâ defuncti sit mortis tempore; tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum heredem esse, sed desinere.

S U M M A R I A.

- 1 Sui heredes sunt, qui in potestate morientis proximi fuerunt: hujusque exceptio.
- 2 Quo casu is, qui tempore mortis in familiâ & potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus heres esse desinat.
- 3 Virum filia, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso admittatur.
- 4 Odia sunt restringenda, favores ampliandi.
- 5 A communi opinione non facile recedendum.
- 6 Filia eorum, qui læsæ majestatis crimen patrârunt, legitimam tantum ex bonis matris innocentis consequi possunt.

Hic locus ad definitionem sui heredis pertinet, in quâ dictum est: suos heredes esse, qui in potestate morientis proximi fuerunt. Ejus exceptio hîc affertur, quâ interdum suus est heres, qui in potestate morientis non fuit: veluti, filius ab hostibus captus, in potestate parentis, mortis tempore non est: & tamen post mortem patris

patris reversus, suus heres efficitur. Ratio hujus exceptionis est: quia jure postliminii is fingitur apud hostes nunquam fuisse; sed in potestate patris semper mansisse. §. si ab hostibus. §. quib. mod. j. patr. potest. solvitur. l. retrò. 16. ff. de captiv. & postlim. reversi. Paul. lib. 4. receptar. sent. 1. 8. Sic è contrario uluvenire solet: ut, qui tempore mortis in familiâ, id est, potestate defuncti existit, postea in potestate, adeoque suus esse desinat: puta si post mortem suam pater læsæ majestatis vel perduellionis reus judicatus, atque ita memoria ejus damnata fuerit. Hoc casu filius ipso quidem jure post mortem patris incipit esse suus heres: sed post damnationem heres esse definit: eò quòd omnia patris defuncti bona fisco vindicantur. §. per contrarium. §. h. t. l. 1. §. interdum. ff. de suis & legit. hered. l. ultim. ff. ad l. Jul. majest. & l. quisquis. §. C. eod. tit. Quòd si verò pater vivens adhuc læsæ majestatis damnatur: filius omninò non fit suus heres. Quinimò hac specie filius non modò non suus heres efficitur: sed prorsus à patris hereditate, utpote quæ applicatur fisco, excluditur. d. l. quisquis. §. C. ad l. Jul. majest.

- 3 Quæstionis autem est: num etiam filia isto casu patri succedere non possit? Et communis opinio est: filiam, cujus pater criminis læsæ majestatis est damnatus, ad successionem ejus, fisco excluso, admittendam esse. Ejusque probabilis est ratio: quia dict. l. quisquis. §. C. d. tit. de filiis tantum loquitur: proindeque ad filias extendi non debet, propter tritam regulam illam: quòd odia restringenda sunt, favores ampliandi, l. cum quidam. 19. ff. de lib. & posth. c. odia. 15. de R. l. in 6. Grass. lib. recept. sent. §. successio ab intestato. q. 5. Clar. lib. 5. sent. §. læsa majest. n. 10. & 12. Sed licet à receptâ hac sententiâ non sit in judicando & consulendo facilè recedendum, arg. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. l. minimè. 32. & l. si de interpretatione. 37. ff. d. l. tamen disputandi causâ tentari poterit, illam à juris veritate videri alienam, per d. l. quisquis. §. §. ad filias. 3. C. ad l. Jul. majest. ubi Impp. Arcadius & Honorius disertè ajunt: filias eorum, qui læsæ majestatis crimen perpetrarunt, posse tantum legitimam ex bonis matris innocentis consequi: atque ita haud obscure innuunt, filias à patrum successionem omnimodo arcendas esse. Cum enim matri, quæ nihil deliquit, succedere nequeant: quomodo patri, qui læsæ majestatis reus est, succedere poterunt? Præterea in eodem §. ad filias, dicitur: filias ex bonis maternis legitimam obtinere, ut se alere possint. Ergo præsupponitur, eas minimè succedere patri læsæ majestatis reo. Nam si huic succederent: haud difficulter ipsis alimenta ex ejus hereditate suppetere. Verum confer cum his, quæ traduntur in §. publica autem. 3. num. 52. infr. de publ. judic.

§. Cum filius. 6.

§. 6. Cum filius filiaque, & ex altero filio, nepos neptisve existunt, pariter ad hereditatem avi vocantur: nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve: simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere: conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi; ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor: ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel ad quatuor altera dimidia.

SUMMARIA.

- 1 Nepos ex filio præmortuo, unâ cum patruo suo ad hereditatem avi aequaliter admittitur.

- 2 Jus successionis sive representationis unde profectum, ejusque ratio.
3 Illud jus in quo ordine inveniat locum.
4 Principatus & regna plerunque sunt individua.
5 Hereditas inter liberos diversi gradus, non in capita, sed in stirpes partienda.
6 Quæ hereditas in capita, quæ item in stirpes dividi dicatur.
7 Istâ duplex hereditatis divisio quibus quaque earum in casibus locum habeat.

Explicat hic Justinianus duo insignia juris capita: quorum primum est, de successionem nepotum in locum filiorum: alterum est, de divisione hereditatis in istâ successionem. Primum quod concernit; certum est, nepotem neptemve ex filio præmortuo, unâ cum filio superstitem nempe patruo suo, ad hereditatem avi æquâ ex parte admitti, sive nepotem succedere in locum filii, hic & §. penult. infrâ h. tit. l. 1. §. si filius 4 ff. de suis & legit. hered. l. 2. & 3. C. de suis & legit. liber. C. jus. lib. 2. Inst. 1. 8 & Vlpian. tit. 26. §. 1. Finge: Sempronius duos habet filios: Mævium & Pamphilum. Moritur Mævius relicto filio, id est nepote Sempronii. Postea moritur etiam Sempronius de cujus hereditate contendit Pamphilus, & Mævii filius, hoc est, nepos. Pamphilus enim, ut filius, & gradu proximior, nepotem, tanquam gradu remotiorem, vult excludere, solusque hereditatem Sempronii habere. Sed inquit Imperator: pariter eos vocari, & nepotem in locum patris sui Mævii succedere. Quod jus successionis, sive (ut vulgò vocant) representationis ex duodecim tabul. profectum est, d. §. penult. infr. hoc tit. & d. l. 3. C. de suis & legit. liber. Ejusque juris ratio est æquitas naturalis. d. l. 1. §. si filius ff. de suis & legit. heredib. Unde & Justinianus hic ait: æquum esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Ideòque videtur stricto jure aliud dicendum, ut nimirum nepos à filio excludatur: Eadem ratione pronepos proneptisve ex nepote demortuo, unâ cum nepote neptevè ex filio æquis ex partibus succedit, hoc §. nostro. vers. pari ratione, & c. & l. 1. §. liberos, 7. ff. de conjungend. cum emancipato liberis ejus, & c. An verò etiam abnepotes in parentum suorum, id est, pronepotum defunctorum locum admissi, cum aliis pronepotibus, nepotibus, & filiis abavo suo succedere possint, necne, latè expositum est supr. in princ. hujus tit. num. 69. & seq.

Illi porro successionis sive representationis juri locus est tantum in ordine descendentium seu liberorum. l. consanguinit. 3. ibiq. Gothofr. C. de legit. hered. & novissimo jure etiam in ordine agnatorum sive collateralium, sed uno solummodo casu, puta in filiis fratrum, cum patruo concurrentibus in successionem patris defuncti, Nov. 118. c. 3. Giph. & Wesenb. hic n. 2. & 3. Valent. Riemer. decad. 8. q. illust. 4. Franzk. exercit. jur. 9. qu. 7. & 8. p. 238. cum seqq. & attigimus sup. ad dict. princ. hujus tit. n. 92. Et hæc quidem sunt indubitati expeditiq. juris, in successione privatis. Cæterum in divisione ac successionem regnorum & principatum, de isthoc representationis jure ingentes olim fuerunt pugnae, & frequentes controversiæ. Nec profectò sine ratione. Nam principatus & regna plerunque sunt individua, ita ut si duo sint filii, ad alterum duntaxat regni successio deferatur: quâ de re videantur Andreas Gail. lib. 2. obs. 153. D. Mart. Rümel. part. 1. ad Aur. Bull. Carol. IV. dissert. 6. in Coroll. ibique Speidel. in addit. ad lit. a. pag. 188. & seqq. Finge igitur: Rex duos habet filios: quorum major natu moritur antepatrem, relicto filio. Post rebus humanis etiam ipse Rex excedit. Contentio oritur de successionem regni inter filium Regis secundum, & nepotem ex primo. Si regnum divisionem reciperet; uterque succederet: & (ut in hoc §. nostro dicitur) pariter æquabiliterque ad hereditatem vocarentur: Sed quia regna (ut dictum) ferè semper individua sunt: vehementer dubitatur, uter alterum excludat? Moribus tamen magis obtinuit, ut nepos ulterior, cum in locum patris sui succedat, filium proximiorum jure hoc representationis removeat. Egregiè Hotom. in libr. quest. illust. q. 3. & hac de re abundè dissertavimus supr. ad princ. tituli nostri. num. 81. & multis seqq.

Atque hæc de priori §. hujus capite. Alterum est, de divisione hereditatis paternæ inter liberos diversi gradus. Quæ quidem hereditas inter eos non in capita, sed in stirpes dividenda

denda est, hic §. ult. infr. hoc tit. l. 2. C. de suis & legit. liber. *Cajus. d. lib. 2. Instit. l. 8. V. pian. d. t. 26. Paul. lib. 4. recept. sent. t. 8. §. filii, &c.* In capita autem dividi dicitur hereditas, quæ in portiones viriles, sive tot in partes, quot sunt capita, id est, personæ succedentium, dividitur: ut singulis personis singulæ partes attribuantur. l. 2. §. hæc hereditas. 2. ff. de suis & legit. heredib. in stirpes verò, cum non capitum sive personarum, sed stirpium ratio habetur, *Nov. 118. c. 1. vers. sic tamen, &c. & paulo explanatius diximus* 7 *supr. in princ. huius l. n. 65.* Caterum hæc duplex hereditatis divisio, una in capita, altera in stirpes, quibus quæque earum in casibus locum habeat, explicatu difficile est. Videtur tamen ita res commodè definiti posse: ut in primo ordine, hoc est, liberorum, hereditas in stirpes; in secundo, id est, agnatorum sive legitimâ successionem, in capita distribuat. De prior parte agitur hic: de alterâ in §. hoc etiam. 4. infr. tit. prox. §. sed nostra. 3. in fine infr. de success. libert. Ratio de parte priori est: quia ibi successio fit respectu stirpis, hoc est, ejus, cujus in locum succeditur. De alterâ hæc est ratio: quia ibi successio fit proprio jure, sive ratione personæ & capitis, & non jure alieno; id est, ratione stirpis. *Horoman. hic enunciat. 4. circa fin. & Anton. Matthaus in vers. item si ex duob. &c.*

§. Cum autem quæritur, 7. &
§. Et licet. 8.

§. 7. Cum autem quæritur, an quis suus heres existere possit: eo tempore quærendum est, quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituito testamento. Hac ratione, si filius exheredatus fuerit, & extraneus heres institutus, & filio mortuo, postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet: quia quo tempore certum est, intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos. Et hoc certum est.

§. 8. Et licet post mortem avi natus sit: tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus heres efficitur. Planè si & conceptus & natus fuerit post mortem avi: mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus heres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attingit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem, cum non sint sui (quantum ad hereditatem) liberi: neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis heredibus.

S U M M A R I A.

- 1 Hereditas quo tempore deferatur.
- 2 Nepos vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur.
- 3 Exhereditatio non est modus solvenda patriæ potestatis.
- 4 Nepos post avi mortem & conceptus & editus avo suus heres non existit.
- 5 Tamen si ille bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare queat.

1 Iste quoque locus pertinet ad definitionem sui heredis; in qua diximus, spectandum esse tempus mortis, an scilicet quis in potestate defuncti mortis tempore fuerit proximus. Ejus alia hic adducitur exceptio, quâ non tempus mortis, sed etiam tempus post mortem spectatur, puta tempus delatæ hereditatis. Et sanè cum plerumque hereditas tempore mortis deferatur: ideo plerumque etiam mortis tempus in suo herede inspicitur. Nonnunquam tamen hereditas non statim à morte defuncti; sed eo tempore, quo defunctus cæperit intestatus esse, deferatur: quod sæpe longè post ejus mortem fieri potest: sicuti in

hæc specie contingit: Cajus habet filium, & ex eo nepotem: filium exheredat, & extraneum instituit heredem. Deinde mortuo testatore Cajo, moritur & filius exheredatus, dum deliberat extraneus. Postea extraneus ille, heres institutus, hereditatem non adit: & ita defunctus testator fit intestatus, quippe destituito & deserto ab herede testamento. Ac proinde nepos proximum jam gradum obtinens, suus avo efficitur, eique succedit: qui tamen tempore mortis gradum illum non obtinebat, præcedente ipsum filio exheredato. Verum tempore deserti testamenti in potestate avi est proximus. Ergo & suus, l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit. hered. l. si quis filio. 6. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. si quis filium. 34. C. de inoffic. testam. l. scripto. 7. ff. si tab. testam. nulla ex tab. l. ult. ff. de conditionib. institution. Nec refert: vivo avo, an eodem mortuo, natus sit ille nepos. Nihilominus enim, deserto post patris mortem testamento, suus heres avo existit: si modò eo vivo fuerit conceptus, §. & licet. 8. hoc tit. & d. l. si quis filio. 6. circa princip. ff. de injusto, rupto, irr. &c. Ratio est perspicua: quia nepos, vivo avo conceptus, & in utero tempore mortis ejus existens, pro jam nato habetur, l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. hered. Quid autem dicendum: si eo tempore, quo testamentum destituitur, filius exheredatus adhuc viveret? Hoc utique casu ipse filius suus heres foret; & ut gradu proximior, nepotem ex se genitum excluderet. Nec movet in contrarium, quod filius exheredatus fuerit. Nam exhereditatio non est modus solvenda patriæ potestatis, tot. tit. f. quibus modis jus patriæ potestatis solvit. eaque, destituito testamento, simul cum heredis institutione, & cæteris in illo dispositis, annihilatur & corrumpit, l. filium. 20. ff. de bonorum possess. contr. tab. l. Papinianus. 8. §. penult. ff. de inoffic. testam.

Planè nepos post avi mortem & conceptus & editus, 4 avo suus heres non existit: & consequenter nec ejus legitimam hereditatem obtinebit; nec etiam bonorum possessionem jure Prætorio, d. §. & licet. 8. vers. planè. hoc tit. d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. test. l. Titius. 6. & l. item Prætor. 8. ff. de suis & legit. hered. Giphanius & Rittershu. hic pagin. 341. Ratio: quia, inquit Justinianus, nullo jure cognationis patrem sui patris, id est, avum attingit: non quidem jure civili: quia nunquam fuit in illius potestate, utpote nondum conceptus: non etiam jure naturali, aut prætorio, quod cognationem naturalem spectat: quia sanguinis necessitudo vel conjunctio ne fingi quidem potest inter duos, quorum neuter in rerum naturâ erat eo tempore, quo de hereditate deferendâ agitur, hoc est, tempore mortis, d. l. Titius. 6. & duab. seqq. ff. eod. tit. Tamen si sine ratione sufficienti repugnet Johan. Wurmser. in nucleo juris controversi disputat. 12. controversi. 2. pag. 294. Siquidem Imp. hic in §. 8. rotundè asserit: nepotem, de quo agitur, nullo jure, adeoque nec jure sanguinis avum attingere: ac propterea eum neque legitimam hereditatem ejus, tanquam suum heredem, neque bonorum possessionem, tanquam cognatum accipere posse, ut disertè respondit Julianus in d. l. Titius. 6. vers. qui post mortem. ff. de suis & legit. heredib. Cui quoque subscribit Ulpianus cum Marcello in d. l. si quis. 6. in fine principii. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. Vanum proinde est, quod Wurmserus scribere haud erubescit: ne Imperatorem quidem negare posse: nepotem illum ex avi sanguine procreatum esse. Enimverò hic nepos licet ad avi successionem 5 non admittatur: tamen bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti postulare potest, & ad hereditatem legitimam ejus admitti, l. Paulus respondit. 47. §. penultim. ff. de bonis libertor. Ratio differentia inter hereditatem avi, & inter hereditatem liberti aviti hæc est: quia is nepos avo non est cognatus, ut modò explicatum: sed aviti liberti est patronus; & ideo liberti hereditas ad eum, ut patronum, pertinet. Vide Balduinum hic in verb. tamen avo vivo conceptus. Giphanium in verb. quantum ad hereditatem, & Mynsingerum num. ult. item Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 7.

§. Emancipati. 9.

§. 9. Emancipati autem liberi, jure civili nihil juris habent. Neque enim sui heredes sunt, qui in potestate parentis esse desierunt: neque ullo alio jure per legem 12. tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem. Unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit: sanè quidem is, qui in potestate fuit, solus jure civili heres est, & solus suus heres. Sed cum emancipatus beneficio Prætoris in partem admittitur: evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

S U M M A R I A.

- 1 *Liberis emancipatis jure civili parentum successio non deferrebat.*
- 2 *Naturalis æquitas omnes liberos ad parentum successionem æqualiter admittit.*
- 3 *Jus sanguinis, & naturale liberorum nomen, emancipatione, sicque civili modo tolli nequit.*
- 4 *Jure novissimo differentia inter suos & emancipatos, ut & inter agnatos cognatosque, prorsus sublata est.*
- 5 *Idque intelligendum duntaxat quoad causam succedendi.*

- 1 **D**E suis heredibus, & de iis, qui inter suos ex constitutionibus Principum numerantur, ut sunt legitimi, hætenus explicatum est: nunc de iis, quos inter suos numerat Prætor, ut sunt emancipati, subjungitur. Liberis autem emancipatis jure civili parentum successio non deferrebat. Nam cum duplex tantum esset eo jure successionis gradus: suorum, & agnatorum, ut supra in §. 1. h. t. diximus, & infra in tit. i. proximi monebimus: emancipatus neque ut suus heres, quia desierat in potestate parentis esse, succedere poterat: neque ut agnatus; cum jus agnationis, & legitimæ successionis, per emancipationem sive capitis deminutionem peremptum esset, §. ult. supr. de legitim. agnator. tutel. l. tutel. 7. ff. de cap. minutis. Omni igitur remedio auxilioque filius emancipatus erat destitutus. Id quod naturali æquitati, quæ pariter omnes liberos ad parentum successionem admittit, maximè refragabatur, l. scripto. 7 §. fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. Quâ de causa æquitatem illam Prætor secutus, liberis emancipatis, sive soli sint, sive cum suis concurrant, beneficio bonorum possessionis, Vnde liberi, subvenit; per quod ii, rescissâ capitis deminutione, ad paternam hereditatem perinde, ac si in parentum potestate perstitissent, vocantur, ut hic & l. liberi. 4. ff. dicto tit. l. ultim. §. 1. C. de legitim. heredib. l. sed cum. 6. §. 1. ff. de bonor. possessionib. Utcunque enim emancipati desinunt sui heredes, & agnati esse: non tamen desinunt esse liberi, & sanguine proximi. Quid ita? quia jus sanguinis, & naturale liberorum nomen emancipatione, id est, civilisatione & modo tolli nequit, §. minus ergo. 11. infr. hoc tit. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur. pulchrè Forster, libr. 4. de successionibus. cap. 12. num. 5.
- 4 Sed hodie jure novissimo emancipati, absque Prætoris beneficio, instar suorum heredum, succedunt. Nam ad successionem quod attinet, differentia inter suos & emancipatos; quemadmodum etiam inter agnatos cognatosque prorsus sublata est, Novell. 118. cap. 1. & 4. Mynsinger. hic num. 3. & Guilielm. Ranchin. in tract. de success. ab intestat. §. 4. num. 3. & 4. ubi Alciatum lib. 3. paradox. cap. 10. & Cujacium in expositione dicta Novell. 118. dissentientes, solidè refutat. Et eandem rem pluribus Interpretum auctoritatibus confirmavimus sin princip. hujus tituli. num. 58. Neque verò inde consequens est: quod jura suorum & emancipatorum penitus sint confusa, omnisque omnino inter suos & emancipatos differentia sit sublata; sic ut emancipatus & suus in omni-

bus ac per omnia paribus ambulent passibus: verum Justinianus discrimen inter suos & emancipatos, solummodo (ut ante monitum num. 4.) quoad causam succedendi, sustulit: ita ut emancipati, qui olim erant planè incogniti jure civili; nec poterant succedere, nisi ex beneficio prætoris, hoc §. nostro, hodie possint succedere jure civili, & ex Imperialis constitutionis auctoritate, nec indigeant auxilio prætoris, ut olim. Illa interim differentia semper manet inter suum & emancipatum: quod qui suus heres est, non minùs sit heres ipso jure, atque olim: emancipatus autem aliter heres non existat, quam si adierit hereditatem. Id quod latius explicatum est in §. 3. supra hoc tit. & idem abundè explanat Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tract. 1. quest. 4. Frantzkius exercitat. jurid. 8. quest. 1. cum aliquot seqq. pag. 218. & subseqq. itemq. Vngepaur. exercit. Justin. 9. quest. 3. pag. 350. cum seqq. edit. ult.

§. At hi, qui emancipati. 10.

§. 10. At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederant, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modò, cum is moreretur, in adoptivâ familiâ fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre, perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptivâ familiâ fuissent. Et convenienter, quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre: & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt: & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit: quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalia patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.

S U M M A R I A.

- 1 *Quo casu emancipatis per bonorum possessionem, Vnde liberi, non succurratur.*
- 2 *Extraordinario auxilio non est locus, si adest ordinarium.*
- 3 *Emancipatione civilis adoptionis potestas omnino tollitur.*
- 4 *Successionum casus ab alieno arbitrio pendere non debent.*
- 5 *Volenti non fit injuria.*

QUanquam emancipatis jure Prætorio per bonorum possessionem, Vnde liberi, succurratur; ut superiori §. dictum: id tamen non procedit, si tales emancipati se arrogandos alicui extraneo dederint. Hujus ratio non obscura est: quia cum eis satis in adoptivâ familiâ sit consultum, in quâ jura tum suutatis, tum agnationis adepti sunt: nihil illis Prætoris auxilio opus est. Neque enim solet prætor subvenire iis, quibus jure civili est prospectum. Cur ita? quia Prætorium auxilium est extraordinarium: cui non est locus, si ordinarium, id est, civile adest, l. in causa. 16. in princ. ff. de minoribus. 25. an. Hæc autem ratio in iis cessat, qui vivo patre naturali iterum emancipati sunt ab adoptivo: quoniam nec civili jure, nec Prætorio, patri adoptivo succedere possunt, sublata penitus adoptione per emancipationem, de quo infr. §. seq. Ideoq; ad naturalis patris, postea morientis bona, per Vnde liberi bonorum possessionem perinde admittuntur, ac si nunquam in arrogatoris potestate & familiâ fuissent, hoc §. & l. l. 4. ff. si tab. test. nulla extab. Cæterum post naturalis patris mortem ab adoptivo emancipati, utriq; extranei videntur; adeoq; utriusq; patris, naturalis & adoptivi, successionem excluduntur. Adoptivi sanè ideo: quia emancipatione sic tollitur civilis adoptionis potestas, ut ne vestigium quidem juris ex adoptione quæ sit remaneat, l. in omni. 13. ff. de adoption. naturalis verò idcirco: primum quia jus aliis liberis aut agnatis patris naturalis, à tempore mortis ejus (quo filii hi erant adhuc

in familiâ alienâ, atque ita hereditatis hujus incapaces) per aditionem quasitum, facto patris adoptivi illis auferri non debet, *l. id, quod nostrum. 11. § l. non debet. 74. ff. de reg. jur. § l. ult. ff. de pactis.* Deinde quia absurdum est, & iniquum: successionum casus ab alieno pendere arbitrio, *l. illa institutio. 32. § l. captatorius. 70. ff. de hereditibus institutis.* Id quod hîc fieret, si pater adoptivus, filios arrogatos rursus emancipando, hereditatem aliis propinquis & agnatis adimere, vel eos non emancipando, ipsis eandem pro suâ voluntate relinquere posset, *ut Imperator in fine hujus §. subindicat.* Tertiò, quia non fit injuria his filiis, ab adoptivo patre emancipatis: utpote cum sponte se in arrogationem dederint, & non nisi volentes, aut propter suum delictum, emancipari à patre adoptivo possint, *l. nonnunquam. 32. cum legibus sequentibus. ff. de adoptionibus. l. jubemus. 5. Cod. de emancipationibus liberorum.*

5 *Novell. 89. cap. 11.* Volentibus autem, vel commerentibus, nulla fit injuria, *l. 1. §. uq. adeo. ff. de injur. l. nemo. 145. ff. de regulis jur. l. Gracchus. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. Wesenbec. hic num. 5.* Illud tamen quia æquum visum non est: à Justiniano Imperatore merito correctum est, §. *sed ea omnia. 14. infr. hoc tit.*

§. Minus ergò. 11.

§. 11. Minus ergò juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati, beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant: adoptivi verò emancipati, & jure civili perdunt gradum liberorum, & à Prætoris non adjuvantur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest: nec quia desinunt sui heredes esse, possunt desinere filii filiævè, aut nepotes neptesvè esse. Adoptivi verò emancipati, extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiævè, quod per adoptionem consecuti sunt, aliâ civili ratione, id est, emancipatione perdunt.

S U M M A R I A.

- 1 *Differentia inter emancipatos naturales, & inter emancipatos adoptivos.*
- 2 *Ratio istius differentia.*
- 3 *Jura naturalia civili instituto tolli non possunt.*

EX præcedentibus colligit Imperator differentiam, inter emancipatos naturales & inter emancipatos adoptivos.

1 *Differentia hæc est: quod naturales emancipati liberorum gradum, quem jure civili amiserant, jure Prætorio recuperant, vel potius retinent, hoc est, per bonorum possessionem Unde liberi, à Prætoris admittantur: adoptivi verò à patre adoptivo rursus emancipati, quicquid in adoptivâ familiâ juris habuerunt, perdunt; nec Prætoris auxilio adjuvantur, hoc §. nostro §. l. 4. ff. si tab. testam. nulla exta. l. 2. §. liberi. 6. ff. ad SC. Tertyll. l. in omni. 13. ff. de adopt. §. l. ult.*

2 *§. 1. C. de leg. hered.* Ratio differentia jam supra in §. emancipati. §. hoc tit. n. 3. exposita est: quia naturales manent jure naturæ & sanguinis filii; nec nomen liberorum naturalium, utpotè naturale, per civilem emancipationis actum perimitur: ast adoptivi non manent liberi, propter emancipationem, quâ nomen liberorum emancipatorum, utpote civile, prorsus extinguitur. Ratio rationis: quia, *inquit Justinianus*, jura naturalia civili instituto tolli non possunt, *hic §. ultim. f. de legit. agnat. tutel. l. jura sanguinis. 8. ff. de reg. jur.* De adoptivis una est exceptio, qua adoptivus etiam post emancipationem admittitur: utputâ si nepos naturalis avi, ab ipso eodem avo adoptetur in locum filii: quod fieri posse, constat *ex §. tam filium. 6. f. de adoptionibus.* Nam hic nepos licet postea ab avo emancipetur: nihilominus tamen, cum sit ex naturalibus liberis; bonorum possessionem accipit, *d. l. 2. §. liberi. 6. vers. adoptivi. ff. ad Senatusconsult. Tertyll.*

§. Eadem hæc. 12.

§. 12. Eadem hæc observantur, & in eâ bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque heredibus institutis, neque ut oportet, exheredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eandem bonorum possessionem: eos verò, qui in adoptivâ familiâ fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longè minùs contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.

S U M M A R I A.

- 1 *Bonorum possessio contra tabulas cur ita appelletur.*
- 2 *Quibus competat hæc bonorum possessio.*
- 3 *Quo casu emancipati ad illam bonorum possessionem non admittantur.*
- 4 *Liberi adoptivi, ob vinculum adoptionis emancipatione solum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt.*

Q Uod paulò priùs dictum est, de bonorum possessione Unde liberi, eam liberis naturalibus emancipatis à Prætoris decerni, adoptivis non item: hoc idem in bonorum possessione contra tabulas, observandum esse Imperator hic monet. Ideo dicitur *contra tabulas*: quia contra ligneas testamenti tabulas conceditur. In tabulis enim ligneis, cerâ illitis, testamenta scribi antiquitus solebant. Sed hæc de re fortassis etiam aliquid dicitur in §. sunt aut. 3. inf. de bonor. possessio. Liberis autem præteritis, i. e. ut Justinianus seipsum interpretatur, neque heredibus institutis, neque ritè & legitime exheredatis, siue sui sint, siue emancipati, hæc contra tab. bonorum possessio datur. Nam licet suorum præteritione testamentum vitietur, idque ipsi nullum dicere possint, initio tit. f. de exheredat. liberorum. l. 1. ff. de injusto, rupt. irr. fact. testam. tamen, ut magis sibi caveant auctoritate Magistratûs, etiam hoc remedio possessionis contra tabulas, propter emancipatos præcipuè inducto, uti queunt *l. 1. l. si retentus. 7. §. l. si duobus. 12. §. 1. ff. de bonor. poss. cont. tabul.* Si tamen emancipati per hoc tempus, quo pater naturalis moritur, in adoptivâ familiâ fuerint: per bonorum possessionem contra tabulas non admittuntur, *hic §. l. penult. in princip. C. de adopt.* Ratio ex supra dictis evidens est: quia cum ii successionem patris adoptivi habeant salvam: Prætoris beneficio non indigent. Sed & adoptivi liberi emancipati ab adoptivo patre, sicut ab intestato ei non succedunt: ita ab eodem in testamento præteriti, bona ejus non consequuntur per bonorum possessionem contra tabulas. *d. l. penultim. Cod. de adoptionibus.* Et si igitur liberi naturales emancipati habent utramque bonorum possessionem, tam Unde liberi, quàm contra tabulas: adoptivis tamen emancipatis neutra competit. Differentia ratio in utraque possessione est eadem: quia scilicet utraque datur iis, qui naturaliter manent liberi. Adoptivi autem, propter vinculum adoptionis emancipatione dissolutum, in numero liberorum patris adoptivi esse desinunt; sicque prorsus pro extraneis habentur, *hoc §. nost. in fin. §. l. 1. §. §. sui. 6. l. 3. §. 2. ff. de bonor. possess. cont. tabul. & in §§. præcedentibus satis annotatum.*

§. Admonendi. 13.

§. 13. Admonendi tamen sumus: eos, qui in adoptivâ familiâ sunt, quivè post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint: intestato parente naturali mor-

mortuo, licet eâ parte edicti, quâ liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur: aliâ tamen parte vocari, scilicet quâ cognati defuncti vocantur. Ex quâ parte ita admittuntur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstant, neque agnatus quidem ullus interveniat. Antè enim Prætor liberos vocat tam suos heredes, quàm emancipatos: deinde legitimos heredes: de hinc proximos cognatos.

S U M M A R I A.

- 1 Liberis emancipatis à patre naturali, qualis bonorum possessio concedatur.
- 2 Adoptio sive emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere nequit.
- 3 Bonorum possessio Unde cognati quando decernatur.

- 1 **A** Commodandus est hîc §. ad ea, quæ dicta sunt in §. ut hi, qui emancipati. 10. supr. hoc tit. Nam ibi exposuit Imperator; emancipatis à patre naturali, si sese in adoptionem dederint, & moriente patre naturali adhuc in adoptiva familia fuerint, non dari bonorum possessionem Unde liberi, in bonis patris naturalis. Hoc loco subnectit: iis tamen aliam bonorum possessionem, putà Unde cognati, concedi, l. 1. §. 2. ff. unde cognati. l. 2. liberi, 4. ff. si tabul. testament. nulla extab. idque eâ ratione, quòd adoptio aut emancipatio, utpote civilis, jus cognationis naturale tollere non possit, vulgatà l. jura sanguinis. 8. ff. de regul. jur. d. l. 1. §. cognationem. 4. vers. evenit igitur. ff. unde cognati. Verùm hæc Unde cognati bonorum possessio tertio demum loco, nimirum post bonorum possessionem Unde liberi, & post bonorum possessionem Unde legitimi decernitur. Hos enim tres successionum ordines Prætor facit: ut ad bonorum possessionem primò suos & emancipatos; dein legitimos sive agnatos; post cognatos admittat, l. 1. ff. quis ordo in bon. poss. serv. l. 1. §. 1. ff. si tab. test. null. extab. §. sunt autem. 3. infr. de bonor. possessionibus.

§. Sed ea omnia. 14.

§. 14. Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt: aliquam autem emendationem à nostrâ constitutione acceperunt, quam super iis personis composuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur: Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facillè per emancipationem solutâ, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo factò: neque jure civili, neque prætorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela institutâ: cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere, vel exheredatum eum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum, neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu, neque

quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali, quàm legitimo in hanc personam concurrente: pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum si paterfamilias sese dederit arrogandum: quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

S U M M A R I A.

- 1 In adoptionem à patre naturali datus, an & quo jure in potestatem & familiam adoptantis transeat.
- 2 Traditus in adoptionem, utrique patri & naturali & adoptivo, succedit ab intestato.
- 3 Jus de liberis adoptivis novum, cur toties in Institutionibus repetatur.

EXponuntur hoc titulo duo juris veteris correcti capita. Prius est, de liberis in adoptionem datis, de quo hic: alterum est, de differentiâ marium & fœminarum, de quo in §§. sequentibus. Quod ad prius attinet; jure veteri in adoptionem à patre naturali datus, ejus potestate liberabatur, & transibat in familiam & potestatem patris adoptivi. Hoc jus de adoptione vetus sustulit Imperator & emendavit: ita ut in adoptionem datus à patri naturali, in hujus potestate remaneat; nec in adoptantis jus & familiam transmigret, ut hic, & diffusius in §. sed hodie. 2. supr. de adoptionibus. Sic quoque jure antiquo, propter mutationem potestatis per adoptionem eveniebat interdum: ut traditus in adoptionem ad neutrius patris successionem vocaretur. Non quidem naturalis: quia erat in familiâ adoptivâ: non etiam adoptivi, quia ab eo mancipatus, pro extraneo habetur; de quo dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. supr. hoc tit. & hic in vers. Invenimus etenim, &c. Quod jus successionis, ex priori de adoptione jure descendens, tanquam valdè durum & iniquum, Justinianus itidem correxit: ita scilicet, ut in adoptionem datus, utrique patri, tam naturali, quàm adoptivo succedat ab intestato. Nam ex patris adoptivi testamento nihil habet juris, nisi ab eo instituatur. Et hæc emendatio juris veteris, tam in adoptione, quàm in successionem, continetur in l. penultim. C. de adoption. Unde Davidem Döringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb. adoptare. num. 113. fol. 669. & seq. Unus excipitur casus, quo jus priscum Imperator reliquit: quando videlicet avus proavusve aliquem adoptandum susceperit. Tunc enim filius adoptatus in familiam & potestatem patris adoptivi confestim transit, eique suus heres efficitur. Ratio est: quia duplici vinculo, & naturali sanguinis, & civili adoptionis illi conjunctus est. De quâ exceptione hic in vers. nostrâ autem constitutione, &c. & in dict. §. sed hodie. 2. vers. si verò pater. supr. de adoptionibus. & §. sed hac quidem. §. num. 5. supr. de exheredat. lib. Cæterum vehementer mirandum est: jus illud de liberis adoptivis novum, neque magnæ rei, neque industriæ, in hisce Institutionibus toties repeti, atque ad fastidium inculcari. Quod utrùm jactantiâ, an oscitantia nostrorum acciderit, non habere se dicere, inquit Wefenbecius, hic in princip.

§. Item vetustas. 15. cum §. sequente.

§. 15. Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quævè ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes ex nepribus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum line-

am eos vocabat tam in avi vel proavi materni, quam in avia vel proavia, sive paternæ, sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competentis emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex foeminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniantur: portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps (de quibus supra diximus) paulò minuendam esse existimaverunt: ut minus tertiâ parte acciperent, quam mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus, sive maternus, quando foemina mortua sit, cujus de hereditate agitur: iisque (licet soli sint) adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel avia, eos cum jam designatâ partis tertiæ deminutione vocat.

§. 16. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate: memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inferi eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostrâ autem constitutione promulgatâ, toti juri ejus derogatum est: & sanximus, talibus nepotibus ex filiâ, vel pronepotibus ex nepte & deinceps, superstitionibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversâ lineâ veniunt, potiores iis habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora, & nunc sancimus: ita tamen, ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hereditatem: similiter nos inter filios & nepotes ex filiâ, distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes, & proneptes, & alias deinceps personas: ut utraque progenies, matris vel patris, avia vel avi portionem sine ullâ deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex unâ parte, ex alterâ tres aut quatuor extent: unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor, alteram dimidiam hereditatis habeant.

S U M M A R I A.

- 1 Jure civili melior masculorum, quam foeminarum causa.
- 2 Hujus rei duplex ratio.
- 3 Circa successionem nepotum triplex ius observandum.
- 4 Cur nepotes ex filio succedant primo ordine suorum: ex filiâ nepotes non item.
- 5 Prator non juvat eos, quibus jure civili prospectum est.
- 6 Sententia juris secundi sive medii de successionem nepotum.
- 7 Ratio istius juris.

- 8 Tertio & novissimo iure nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ exclusis penitus agnatis, aequaliter avo succedunt.
- 9 Differentia vetus inter masculos & foeminas sublata.
- 10 An valeat statutum, ut extantibus filiis, filia patri non succedant.
- 11 Publicè interest, familias in suo flore & vigore conservari.
- 12 Foemina caput & finis familia.
- 13 Foemina nubendo transit in familiam mariti.
- 14 Qui nascuntur: patris, non matris, familiam sequuntur.
- 15 Foemina regulariter à feudis arcentur.
- 16 Statutum, divina legi consonum, dici non potest irrationabile, aut iniquum.
- 17 Consideratio l. 4. C. de liber. praterit.
- 18 Jure divino filia, extantibus filiis, non succedunt.

Adfertur hoc loco alterum juris veteris emendati caput, de nepotibus & neptibus, ex filiabus descendentibus. Quod ut cognoscatur planius, breviter sciendum est: jure civili, ut in aliis articulis, ita & in hereditatibus ac successionibus meliorem fuisse masculorum causam, quam foeminarum, prout luculenter notari solet in l. 2. ff. de reg. juris. l. in multis. §. ff. de stat. homin. §. sed hac quidem vetustas. §. ff. de exhered. at. liberor. §. ceterum. 3. infr. tit. proximo. l. si defunctus. 9. §. l. ult. C. de suis & legit. lib. l. lege. 4. §. l. sep. C. de leg. hereditibus. Cujus rei ratio non solum civilis, sed & naturalis videtur. Civilis quidem aperta est, conservatio nimirum familiæ, & patria potestas: quæ in maribus duntaxat locum habent. l. pronunciat. 195. in fin. l. liberorum. 220. §. ult. ff. de V. S. §. foemina. 10. supr. de adoptionibus. Ant. Matthaus hic in suis notis, & Hotom. enuntiat. 1. Naturalis verò putatur illa à quibusdam: quod meliora & nobiliora deterioribus sint præferenda. Sed hoc referrî debent, quæ diximus ad princip. tit. supr. de nupt. n. 3. & 4. Ceterum hic tantum de differentiâ nepotum ex masculis, id est, filiis, & foeminis, hoc est, filiabus nascentium agitur: & circa successionem eorum triplex jus recensetur.

Primo jure hæc inter nepotes erat differentiâ: ut nepotes ex filio succederent avo, primo ordine suorum: nepotes ex filiâ succederent, non primo ordine suorum, nec etiam secundo agnatorum, sed tertio demum, nempe cognatorum. Ratio, cur nepotes ex filio succedant primo gradu seu ordine, facilis est: quia sunt in potestate avi sui, de quo supra. §. 1. h. t. Ex filiâ autem nepotes cur primo ordine non succedant, hæc est causa: quia non sunt in potestate avi materni. §. ultim. in fin. supr. de patr. potest. Cur verò saltem jure Prætorio, ut emancipati, non succedant primo ordine per bonorum possessionem Unde liberi, hæc est ratio: quia Prætor non juvat eos, quibus jure civili prospectum est, ut monitum supr. §. at hi, qui. 10. h. t. At qui nepotibus ex filiâ prospectum est jure civili, succedendo avo suo paterno. Cur porro non succedant secundo agnatorum ordine, ratio est: quia non sunt in familiâ avi materni, id est, quia non sunt agnati: propterea quod per foeminini sexûs cognationem conjuncti sunt. Cur denique tertio loco succedant, ratio hæc est: quia licet avo materno neque sui sint, neque agnati: naturaliter tamen ei sunt cognati. Sed videatur Giphanius hic in vers. & jure agnatorum, & c. itemq; Rittershus. pag. 344.

Secundum jus (cujus auctores sunt Imperatores, Valentinianus, Theodosius & Arcadius, d. l. si defunctus. 9. C. de suis & legit. liber. & l. si defunctus. 4. C. Theodos. lib. 5. tit. 1. de legit. hered.) hoc est: ut tam nepotes neptesque ex filiâ, quam ex filio succedant avo & avia: ita tamen, ut nepotes ex filiâ tertiâ parte minùs accipiant: aut si nepotes ex filiâ soli supersint, agnatis quartam partem substantiæ defuncti concedant: Pone primò de tertiâ parte: Cajus decedens intestatus relinquit ex filio, itemque ex filiâ nepotem, & in bonis sexcenta. Ex his nepos ex filio consequitur trecenta: dein nepos ex filiâ capit reliqua trecenta: sed tertiam ex iis partem, id est, centum, nepoti ex filio restituere cogitur. Secundò pone de quarta: Cajus moriens intestatus nepotem ex filiâ tantum derelinquit, & in bonis centum. Idem quoq; Cajus derelinquit fratrem. Hic frater jure primo sive veteri solus, excluso nepote, succedebat: hoc jure secundo (quod explicandi causa medium appellari potest) succedit nepos: sed fratri quartam partem, id est, ex centum 25. dare tenetur. Ratio autem hujus juris secundi sive medii; primùm cur nepotes ex filiâ admittantur ad successionem avi primo loco, cum nepotibus ex filio, natura-

turalis est: quia scilicet non minùs sunt nepotes ex filiâ, quàm ex filio, *ut hic in vers. sed cum nepotis, &c.* Deinde cur nunc parte tertiâ, nunc quartâ minùs habeant, hæc est ratio: quia nepotes ex filio etiam juris veteris suffragiis muniuntur, quod nepotes ex filiâ prorsus excluderat, *ut hic in vers. sed ut amplius, &c.*

- 8 Tertio tandem & novissimo jure, à Justiniano nostro introducto, nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, exclusis penitus agnatis, & absque ullâ deminutione trientis vel quadrantis, ad successionem avi æqualiter, non quidem in capita, sed in stirpes, vocantur, *ut hic in §. 16. §. l. ult. C. de suis, & legit. lib. Nov. 18. §. Nov. 118. c. 1.* Quia porro ex hoc §. liquet, quòd olim, quoad successionem intestati differentia fuerit inter masculos & fœminas, filios & filias, nepotes ex filio, & nepotes ex filiâ, sic ut illi quidem patri succederent: hæc verò à masculis excluderentur: quam tamen differentiam Justinianus non sine causa sustulit, constituitque, ut omnes liberi, nullâ habitâ ratione sexûs, pariter succederent. *l. penult. C. de legitimis heredib. & iuribus modo allegatis.* Idcirco haud inconvenienter quaeritur: utrum statuto contrarium introduci, & pristina illa sexûs differentia in usum revocari queat; ita ut masculis extantibus, fœminæ excludantur? Et affirmantium sententia probabiliter defendi poterit. Etenim publicè interest: familias, præsertim nobiles & illustres, suo in flore, vigore ac splendore conservari. *l. 1. §. sed & si. 13. ff. de inspiciendo ventre, &c.* cum civitas omnis è familiis constet, teste Aristotele lib. 1. polit. Atqui familiæ tum maximè conservantur in flore & vigore, quando bona paterna atque avita in familiis retinentur, nec extra eas transferuntur ad alias familias: id quod fit, cum ad solos devolvuntur masculos: secus verò, quando etiam ad fœminas: quoniam fœmina caput familiæ & finis est. *d. l. 1.*
- 12 pronuntiatio. 195. in fin. ff. de verb. signif. caput quidem, quia ab eâ incipit cognatio: finis autem, quia in ea definit cognatio, quando nubit, & nubendo è patris familiâ in familiam mariti transit: & consequenter bona paterna in mariti sui familiam transfert. Hinc fœminarum liberos in familiâ earum non esse, Cajus ait: quia qui nascuntur, patris; non matris familiam sequuntur. *l. familia. 196. §. 1. ff. d. tit. Hucq. respiciunt, qua annotav. in §. 3. n. 5. & seq. supr. de patr. potest.* Quam rationem veteres Legumlatores potissimum attendentes, isthanc inter masculos & fœminas differentiam constituerunt: adeòq; fœminas, masculis extantibus, à successionem excluderunt. Atque hanc ipsam quoq; ob causam jure feudali constitutum esse videtur: ut fœminæ ad feuda regulariter non admittantur, masculis extantibus; quin etiam, his non extantibus, à feudali successionem excludantur: ne videlicet nubendo feudalia bona secum in mariti familiam transferrent. *tit. 1. §. hoc autem notandum, 3. §. tit. 8. de successionem feudi. §. filia verò. lib. 1. feudor. & latius expositum supra ad principium hujus tit. n.*
- 16 110. & seqq. Huic rationi & illa accedit: quòd istud statutum iniquum, naturæ contrarium aut irrationabile dici nequeat, quòd divinæ legi congruit. Atqui divinâ lege aperte cautum erat: ut, filiis extantibus, filiæ non succederent: sed hæc tum demum admitterentur, quando filii non superessent. *Numeri cap. 27. v. 2. & seqq.*
- 17 Cui non obstat, quòd Justinianus Imp. injuriam naturæ inferre, ejusdemque accusatores existere judicet, qui sexûs discrimen faciunt. *l. maximum vitium. 4. vers. qui enim tales. C. de liber. præter.* Nam Imp. Justinianum paulò liberius, in favorem mulierum, locutum videri, patet primò indè: quòd ipsa natura inter masculos & fœminas differentiam evidenter constituit, masculos & animi & corporis dotibus plus, quàm fœminas, exornans. Deinde quia alioquin & ipse Imperat. injuriam naturæ inferret, eamq; iniquitatis argueret, dum perspicuè cum Papiniano scribit: in multis juris nostri articulis deteriore esse conditionem fœminarum quàm masculorum, *d. l. in mul. 9. ff. de stat. hom.* Denique idem & ipsi Mosi, Legumlatori omnium sapientissimo, spirituque divino illustri, imputandum foret, dum filias, filiis extantibus, haud succedere manifestè sancit *d. c. 27. Num. v. 3.* Verùm eâ de re explanatiùs dissertant *Brunus in tract. quod stant. masc. fœmina non succedant. art. 3. n. 12. & art. 4. n. 6. Gabrielius lib. 6. de stat. concl. 6. hosq; referens Val. Forsterus lib. 3. de success. c. 13. Hunn. lib. 3. var. res. jur. civ. tr. 1. quest. 5. & Bachovius. hic pag. 644. & seqq.*

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

TIT. II.

Principium Tituli, cum §. 1. & 2.

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes prætor, vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

§. 1. Sunt autem agnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexûs personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, agnati sibi sunt, qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Quâ ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Si etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem: sed iis, qui tunc proximiores gradu sunt, cum certum esse coeperit, aliquem intestatum decessisse.

§. 2. Per adoptionem quoque agnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris agnatis tuis; veluti frater, aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem: agnatus inter suos heredes esse non dubitatur.

SUMMARI A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Agnati qui dicantur.
- 3 Consanguinei proprie qui nuncupentur.
- 4 Posthumi jura consanguinitatis nanciscuntur.
- 5 Quibus agnatis hereditas intestati deferatur.
- 6 Jus agnationis non tantum per generationem, sed & per adoptionem acquiritur.
- 7 Nunquid sui heredes dici possint agnati.
- 8 Consideratio l. ult. §. si quis. 2. C. de codicillis.
- 9 Proprietati verbi in dubio adhaerendum.
- 10 Quatenus sui heredes agnatis opponantur.
- 11 Agnationis vocabulum duplicem habet significationem.
- 12 Adoptionis verbum generaliter sumptum quid significet.
- 13 Sententia l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. extab.
- 14 An iustas sit species agnationis, remissivè.

Dictum est hætenus, de priore successionis ab intestato ordine civili, qui est suorum, eorumq; qui suorum sunt loco: nunc de altero, qui est agnatorum, ut agatur, lex methodi postulat. Nam, ut hic initio Justinianus ait ex *Cajo lib. 2. Instit. tit. 8. Ulpiano tit. 26. & Paulo lib. 4. sent. tit. 8.* si suus heres non extet: ad agnatum proximum hereditas intestati pertinet. Sunt autem agnati, cognati per virilis sexûs cognationem conjuncti, quasi à patre connati, §. 1. hoc tit. & §. 1. supr. de legit. agnat. int. l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hered. Itaq; fratres ex eodem patre nati, etsi non ex eadem matre sint, agnati inter se, & consanguinei vocantur, *l. 1. §. post suos. 9. ff. de suis & legit. heredibus. l. ult. §. cognationis. 6. ff. de gradibus. & adfinibus.* Et quamvis consanguinitatis appellatio interdum in jure generaliter accipiat, pro omnibus his, qui quoquo modo sanguine inter se connexi sunt: live ex patre, live ex matre, & quocunque gradu & sexu se attingant, *l. 1. C. ad SC. Orfitian. & tot. l. ext. de consanguinitate & affin.* tamen proprie consanguinei dicuntur fratres

fratres & sorores ex eodem patre, licet ex diversâ matre procreati, §. 1. *hoc tit. & l. 1. C. de legit. heredibus. Vlpian. d. tit. 26. in princip. Georg. Schultz. in exposit. arboris consanguinitatis. cap. 1. num. 5. Bachovius hic num. 4. pag. 6 §. 1.*

- 4 Neque verò solum vivo patre nati, agnati sunt: sed posthumi etiam jura consanguinitatis nanciscuntur, id est, agnati fiunt, d. §. 1. *vers. ii etiam, &c. hoc tit.* quia pro jam natis habentur. *l. 1. in fin. & l. vel si vivo. 7. ff. de suis & legit. heredibus. l. qui in utero. 7. & 26. ff. de stat. homin. cum similibus.* Non omnibus tamen simui agnatis, sed qui propinquiore gradu sunt, intestati hereditas defertur, d. §. 1. *vers. non tamen omnibus. hoc tit. & l. 2. §. hac hereditas. 2. ff. de suis & legitimis hered. & de eo latius in §.*
- 6 *si plures. §. & §. seq. infr. hoc tit.* Præterea non tantum per generationem; sed & per adoptionem jus agnationis consistit, §. 2. *ibique Theodorus Marcius. hoc tit. dict. l. 1. §. ult. & d. l. 2. §. parvi. 3. ff. de suis & legit. heredibus.* Ratio est manifesta: quia jus familiæ & agnationis civile est, §. ult. *f. de legit. agnator. tutel. d. l. ult. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinibus.* ideoque rectè per adoptionis actum civilem acquiritur. *l. qui in adoptionem. 23. ff. de adoptionibus. sicut & tollitur. §. minus. 11. supra tit. prox. Wesenbec. hic num. 8.* Proinde qui à patre, vel ab aliis agnatis nostris adoptantur, agnati nobis fiunt; & ipsi nobis, ut vicissim nos ipsis, ab intestato succedimus. d. §. 2. *hoc tit. in fine. d. l. 2. §. 3. ff. de suis & legit. heredibus.*

- Porro, quia hic initio agnati suis heredibus opponuntur: bellè & opportunè quæri potest; an etiam sui heredes patri propriè dici possint agnati? Et licet Alciatus lib. 3. *parerg. cap. 25. & Hotoman. lib. 1. observ. cap. 16. existiment;* filios patri agnatos non esse: verior tamen est contraria affirmantium sententia, *per l. filius. 12. ff. de suis & legit. her.* ubi disertè Pomponius ait, filium patri agnatum proximum esse. *& d. l. ult. §. 3. ff. de gradib. ubi Paulus inquit: proximiores ex agnatis suos dici. & l. de bonis. 6. §. huic. 2. ff. de Carbon. edicto. l. 2. ff. unde legitimi. & l. 1. §. sed videndum. 11. ff. de successor. edict.* in quibus legibus bonorum possessio, *Unde legitimi,* datur etiam suis: quæ profectò non daretur, nisi sui quoque agnati essent: cum ea bonorum possessio tantum agnatis concedatur. Idemque perspicuè colligitur *ex l. ult. §. si quis. 2. C. de codicill.* ubi quartus gradus lineæ, rectæ, quæ est liberorum & parentum, dicitur quartus gradus agnationis. Unde manifestum evadit: parentes & liberos, agnationis vinculo connexos, agnatos sibi invicem esse: & consequenter suos quoque heredes esse agnatos. Et quamvis dissentientes respondeant, in legibus adductis, liberos & suos heredes pinguius & minus propriè dici agnatos: attamen hoc solum dicunt, non verò probant. Pro proprietate autem verbi in dubio præsumptionem esse, constat *ex l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.*

- 10 Non refragatur huic sententiæ, quod in l. 12. tabul. (in quâ ita scriptum erat: *Si paterfamilias intestatus moritur, cui suus heres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto. Vlpian. in fragm. d. titul. 26. circa princip. l. capitis. 11. vers. quoniam. ff. de suis & legitimis heredibus. & in principio hujus titul.* sui heredes agnatis opponantur. Nam agnati à suis separantur, & suis opponuntur, non quia sui non sint agnati: sed quia non eodem jure omnes agnati utantur, *argumento dicti principii hujus titul.* Præterea vocabulum agnationis duplicem admittit significationem. Primò enim generaliter omnes eos, qui sanguine nobis junguntur, completitur: deinde ad speciem restringitur, ad eos videlicet agnatos, qui liberi non sunt: perinde ut adoptionis verbum, generaliter sumptum, & arrogationem & simplicem adoptionem significat: specialiter verò acceptum, ad speciem, nempe simplicem adoptionem, restringitur: nec tamen ex eo sequitur, quòd impropriè sui dicantur agnati. Generalis namque significatio non semper est impropria: unde & adoptio simplex non impropriè sed propriè adoptio dicitur. §. 1. *& passim supr. de adoptionib.*
- 13 Nec etiam obstat *l. scripto. 7. ff. si tabul. testam. null. extat.* ubi de nepote ex filio exheredato dicitur, eum sine dubio non esse agnatum. Nam id non simpliciter, sed comparatè & conditionaliter accipiendum est, hunc in

modum: si non suus heres est hic nepos: sine dubio ne agnatus quidem est. *Atq; ita docent Cujacius lib. 14. observ. cap. 11. Ioan. Robertus lib. 1. recept. lect. jur. cap. 2. Antonius Faber. lib. 10. conjectur. jur. civ. cap. 12. Gilbertus Reginus lib. 2. ἐναγγορῶν cap. 13. Rittershus. Tuningius & Vultejus hic num. 6. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 1. quæst. 29. & Hilligerus in Donello enucleat. lib. 7. 14. cap. 2. lit. F.* ubi multis eruditis rationibus, contra Cujacium, probat & evincit: suam speciem agnationis non esse. De illa quoque re videatur Jacobus Rævardus lib. 5. *varior. cap. 1. num. 26. & seqq.*

§. Cæterum. 3.

§. 3. Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas, etiam si longissimo gradu sint, ultrò citròque capitur. Quod ad foeminas verò attinet: ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, si sorores sint: ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hereditates, etiam si longissimo gradu sint, admittantur. Quæ de causa fratris tui, aut patris tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat: quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerunque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli: Prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur: si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos, sive masculos, sive foeminas, cujuscunque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem Jurisprudencia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior; subtilitate quadam excogitatâ, præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à successione agnatorum repellebat, omni aliâ successione incognitâ: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod de erat, adimplentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis lineam proximitatis nomine introductâ, per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem quæ Unde cognati appellatur. Nos verò legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis, tam in masculis, quàm in foeminis æquâ lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus; Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantem, nostrâ constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est, per civilem

lem sexum descendentes, sive masculini generis, sive foeminini sint, simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

S U M M A R I A.

- 1 Differentia vetus in legitimâ agnatorum successione, inter masculos & foeminas.
- 2 Foemina in alienam familiam migrant: mares autem eam retinent, & conservant.
- 3 Mares Rempubl. domi & foris administrant.
- 4 Mares foeminis præstant.
- 5 De prædictâ differentiâ quatuor jura diversa notantur.
- 6 Media jurisprudentia qua dicatur.
- 7 Natura marem & foeminam mutuis auxiliis indigere voluit.
- 8 Jure novissimo indistincte tam foemina, quam masculi, sublato agnationis, & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur.

1 **D**ifferentia vetus inter masculos & foeminas, in legitimâ agnatorum successione hæc est: quod agnati mares jure agnationis succedant, etiam si longissimo sive remotissimo gradu sint: foeminae verò non nisi jure consanguinitatis, id est, si sint sorores, ad hereditatem admittantur. Quod jus antiquum memorat Ulpianus in *fragment. tit. 26.* & Paulus *libr. 4. sentent. tit. 8.* Ratio veteris hujus differentiæ (quam indicat hîc Justinianus in *vers. quod ideo ita constitutum, &c.*) est: primum, quia foeminae in alienam familiam migrant: mares autem gentilitatis nomen, familiamque retinent, propagant, atque conservant, §. *ult. ff. de patr. potest. l. pronuntiatio. 195. & l. seq. ff. de verb. signif.* Deinde, quia hi Rempublicam domi & foris, pacis & belli tempore administrant, eique magis profunt. *l. 1. §. sed & si. ff. de ventre inspic. Viglius in §. sed hac quidem. ff. de exheredat. liber. num. 5.* Tum etiam, quia & aliâs mares foeminis præstant; ac proinde plus commodi ex successione percipere debent. *l. in multis. 9. ff. de stat. homin. & dictum in §. item vetustas. 15. ff. tit. proximo.*

2 **C**æterum de differentiâ ista quatuor hîc jura diversa enarrantur. Primum, est legis duodecim tabularum: quæ lex foeminis æquæ ac maribus, quocunque gradu essent, agnatorum hereditatem deferbat. *vers. & hac quidem lex duodecim. tabul. &c.* Secundum, est mediæ jurisprudentiæ: quo jure foeminae ab agnatorum hereditatibus prorsus (exceptis sororibus consanguineis) excluderentur. *vers. media autem, &c.* Mediam Jurisprudentiam vocat Justinianus, quæ ex interpretatione Prudentum, & aliis legibus, post leges XII. tabular. latis sive rogatis, descendit: & ante Principum constitutiones obtinuit, *testibus Rittershusio hic pag. 347. & Mynsingero num. 2. Adde Bachovium n. 1. pag. 654.* Tertium, est jus Prætorium: quo agnatæ foeminae, etiam ultra sorores consanguineas, admittebantur per bonorum possessionem *Vnde cognati*, cum masculis æquali gradu connexis: si tamen neq; agnatus ullus neq; proximior cognatus existeret. *vers. sed quia sanè iniquum, &c.* Quartum jus est Justiniani: quo res ad legem duodecim tabularum reducitur: adeoque foeminis agnatis idem juris, quod maribus attribuitur, *l. penultim. & ult. C. de legitimis hered.* Cum enim natura mares & foeminas mutuis auxiliis indigere voluit: & ad ipsarum mulierum successionem masculi jure agnationis vocantur: quis patiat, earum quidem hereditatem ad eos legitimo jure deferri; ipsas verò nec invicem sibi, nec masculis eodem jure posse succedere: sed propter hoc solum puniri, quod foeminae natæ sunt; & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari? inquit Legislator noster in *d. l. penult. circa principium. C. d. tit.* His juribus addi potest & quintum, scilicet Authenticorum seu Novellarum: quo indistincte omnes personæ, tam masculi, quam foeminae, sublato penitus omni agnationis & cognationis discrimine, ad intestati successionem vocantur. *Novell. 118. cap. 4. & sapius inculcatum supr. in princip. tituli præcedent. n. 58. & alibi.*

§. Hoc etiam addendum. 4.

§. 4. Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patris sui vocentur: sed etiam germana consanguinea, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ una cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli: simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes, legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, & successionem admittentibus; cæteri gradus remanent penitus semoti videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividendâ.

S U M M A R I A.

- 1 Quo casu in secundo successionis ordine cognatus admittatur.
- 2 Sententia juris novissimi.
- 3 Quando hereditas patris & avunculi non in stirpes, sed in capita sit dividenda.
- 4 Successio in locum parentis, quo in ordine recepta.

Constat ex fine §. præcedentis, jus duodecim tabularum vetus Justiniani constitutione renovatum esse, & sancitum: ut omnes agnati & agnatæ hoc secundo ordine succedant, secundum sui gradus prærogativam: hoc loco Imperator jus planè novum adjicit: ut nimirum hac secundâ successionis serie etiam is admittatur, qui non est agnatus, sed tantum cognatus, putà sororis uterinæ, consanguineæve filius & filia; & non posteriores, hoc est, non nepos & neptis sororis: ut, *inquam*, sororis filius & filia non minùs succedant avunculo, atque fratris filius & filia succedunt patruo suo; non extantibus aliis fratribus vel sororibus defuncti, qui illos in successione præcedant. Finge: Sempronius & fratrem habet, & sororem. Moritur frater, relicto filio: postea moritur & soror, filio relicto. Fratris filius Sempronio intestato mortuo succedit ex jure veteri, utpote agnatus suo patruo. Sed sororis filius eidem Sempronio agnatus non est, verum cognatus. Est enim Sempronius ejus avunculus. Nihilominus tamen novo hoc jure ad hereditatem Sempronii ille pervenit, ut agnatus; hoc est, filius sororis cum fratris filio concurrat, & uterque Sempronio succedit. At rursus finge: hunc Sempronium decessisse, relicto non solum filio fratris, & filio sororis, *ut jam dictum*: sed etiam relicto fratre. Hoc utique casu frater hic relictus, exclusis fratris & sororis filiis, solus hereditatem Sempronii consequitur. Ratio est perspicua: quia hic frater Sempronio est proximior filiis fratris & sororis: cum ei conjunctus sit secundo gradu; fratris autem sororisve filius tertio, *l. consanguinitatis. 3. & l. penult. §. ultim. C. de legit. heredibus.* Verum hæc duo jure novissimo immutata sunt, & correctæ. Nam primum hodie non tantum fratris & sororis filii & filia in succedendo concurrunt: sed etiam tota cognatio in legitimam agnationem translata est, ut pari omnino nunc jure, cognati juxta ac agnati admittantur, *ut in §. priori ex Novell. 118. cap. 4. annotavimus.* Deinde hodierno jure defuncti frater non præfertur liberis præmortui fratris & sororis, ut jure veteri: sed hi una cum superflite fratre in bonis patris vel avunculi, jure

jure representationis in stirpes succedunt, hoc est, capiunt tantum, quantum eorum pater, aut mater, si viveret, accepisset, *Auth. cessante. C. de legit. heredib. d. Novell. 118. cap. 3. Vide Locamerum questionum juridicarum fascic. 33. quest. 3. & seqq.*

- 3 Quod autem in calce præsentis §. subjicitur: hereditatem patrum & avunculi non in stirpes, sed in capita dividendam esse: intelligi debet, si nullis superstitibus patribus vel avunculis, fratrum sororumve liberi soli ad successionem patrum aut avunculi vocantur. Tunc enim in capita distribuendam esse hereditatem, superius in principio tituli præcedentis num. 422. & multis subsequentibus, prolixè docuimus. Et ratio hujusce rei est: quia in hoc secundo ordine unusquisque proprio jure & nomine, non alieno; five ex suo quisque capite & personâ, & non ex capite vel
- 4 personâ parentis sui succedit. Nam in primo duntaxat ordine successio in locum parentis recepta est, §. cum filius. 6. supr. tit. proximo. non item in ordine secundo, seu in successione legitimâ, §. placebat. 7. infr. hoc tit. eleganter Giphanius hic in verb. videlicet hereditate, &c. Quamvis uia casus (quo successio in locum parentis, in secundo quoque ordine obtinet, putà in fratrum filiis) excipitur: ut paulò antè, & etiam supr. in d. §. cum filius. tit. præced. num. 3. ex d. Novell. 118. cap. 3. indicatum est.

§. Si plures.

§. 5. Si plures sint gradus agnatorum: apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratiâ) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus: frater prior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.

S U M M A R I A.

- 1 Proximus quis censeatur.
- 2 Cur lex XII. Tabb. proximum tantum agnatum ad hereditatem vocet.
- 3 Civilia jura natura subsequi solent.
- 4 Liberis jure natura hereditas parentum debetur.
- 5 In legibus & beneficiis Principum latior interpretatio facienda, quam in legatis.
- 6 Si plures sint agnati ejusdem gradus, omnes simul succedunt.
- 7 Singulari numero sæpe pro plurali utimur: & contrâ.

- SI paterfamilias intestatò moritur, & plures agnatos diversi gradus, quorum alii propinquiore sunt aliis, relinquit: solus proximus, exclusis remotioribus, lege XII. Tabularum ad hereditatem admittitur, hoc §. nostro. Proximus autem est is, quem nemo antecedit, l. 2. §. hac hereditas. 2. & §. legitima. 4. ff. de suis & legit. hered. l. ex duobus. 34. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. proximus. 92. ff. de verbor. significat. five unus, five plures eodem in gradu existant, l. proximi. 115. ff. eod. l. 1. §. proximus. §. ff. unde cognati. Exemplum hîc in Textu positum est de fratre defuncti, & alterius fratris filio, aut patruo: inter quos frater, tanquam proximior, solus ad fratris successionem vocatur. Frater quippe in secundo est gradu: fratris filius & patruus sunt in tertio. §. 2. & 3. infr. de gradibus cognationum. Sed jure novissimo, quo nunc utimur, fratris filius cum fratre in successione patrum demortui concurrat, ut jam sapius supra ex *Auth. cessante. Cod. de legit. hered. repetitum est*. Ratio porro legis, cur proximum tantum vocet agnatum, est ex ipso jure naturæ, quod propter honorem sanguinis semper plus propinquiori tribuit, quam remotiori, l. 1. §. largius. 12. ff. de suc-

cessor. edict. Neque movet, quòd hæc agnatorum successio sit legitima, planèque civilis; ac proinde in eâ jus naturale non consideretur. Nam civilia niti solent jure naturæ, idque subsequi, l. jus civile 6. ff. de justis. & jur. Secus est in primo ordine liberorum, in quo non, quisnam proximus sit, spectatur: sed tantum, quis sit suus: & jure Prætorio, quis sit ex numero liberorum, five filius sit, five nepos, five pronepos, &c. Quà de causâ in illo ordine pronepos defuncti, qui in tertio est gradu, non modo fratrem defuncti, qui in secundo est; sed & defuncti patrem, qui est in primo, excludit. Semper enim in primo ordine liberi reliquis omnibus præferuntur, §. repetitis. 1. infr. de servili cognat. Cur verò in primo liberorum ordine non curetur gradus, hæc est ratio: quia liberis jure naturæ hereditas parentum debetur, l. cum ratio. 7. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. test. nulla extab. & tamen aliqui in remotiori gradu constituti sunt: tamen in locum parentum representationis beneficio succedunt, §. cum filius. 6. supr. titulo præcedente. Georg. Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinit. cap. 10. memò. 2. n. 32. cum seqq. pag. 274. & subseqq. Illud hic addendum: quòd in legibus & beneficiis Principum latior & benignior fiat interpretatio, quam in legatis. Quare si muralis corona ei promissa sit, qui primus murum ascenderit; & duo simul ascendant: utriq; sua corona debetur, arg. l. penult. ff. de constit. princ. Et ita P. Scipio jus dixit, auctore Livio lib. 26. eumque referente Tuningio hic in verb. omnes admittantur. Cæterum si legatum relictum sit ei, qui primus Capitolium ascenderit, & duo concurrant, neutri debebitur, l. si fuerit. 10. in princ. ff. de reb. dub. Similiter si plures agnati eodem gradu concurrant: omnes simul succedunt, hoc §. nostro. d. l. 2. §. 2. ff. de suis & legit. hered. Nec obstat, quòd lex XI. tabular. numero singulari seu unitatis utitur, & proximum vocat, non proximos. Ita quippe habet: *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronuntiatio. 195. in princ. ff. de verbor. significat.* Etenim in usû juris frequenter singulari utimur appellatione, cum plura generis ejusdem significare volumus, l. in usu. 158. ff. de verbor. significat. Sicut & contrâ pluralivo numero utuntur Jurisconsulti sæpè pro singulari, de re unicâ loquentes: ut probat vox liberorum, pugillarium & codicillorum. l. non est sine liberis. 148. ibiq; eleganter Gordaui. ff. de verbor. significat. Aul. Gell. lib. 2. Noct. Atticar. cap. 3. Rittershus. hic pag. 348.

§. Proximus autem. 6.

§. 6. Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate quæritur. Quòd si facto testamento quisquam decesserit: per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit, nullum ex testamento heredem extitutum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spacio temporis sæpe accidit, ut proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

S U M M A R I A.

- 1 Quo tempore inquirendum: proximus, necne, aliquis sit.
- 2 Hereditas quo tempore deferatur.

CUM quæritur, proximus, necne, aliquis sit: eo tempore, quo patrem familias intestatò mortuum esse certum est, exquiri debet. Quare aut facto testamento decessit, aut non facto testamento. Et hoc quidem casu spectandum erit tempus mortis: illo verò, tempus destituti vel deserti testamenti, hoc §. & l. 2. §.

interdum. §. 3. seqq. ff. de suis & legitim. heredibus. l. si ex duobus. 4. ff. unde legitimi. Atque eadem distinctio temporis, quæ hîc attenditur in secundo ordine agnatorum, observatur quoque in primo ordine suorum, & tertio cognatorum, §. cum autem queritur. 7. *supr. tit. proximo.*

2 *l. 1. §. proximum. & §. sequenti. ff. unde cognati.* Eademque omnium ordinum ratio est, hæc videlicet: quia illis temporibus hereditas defertur: & certè ea defertur prout tempore mortis, *l. 1. §. 1. Cod. de caducis tollend.* tam testamentaria, quam ab intestato sive legitima, *docente hîc Giphano.* Sed tamen aliquando hereditas legitima etiam post mortem defertur, si nimirum factum sit testamentum, & non adeatur hereditas. *Exempli gratia:* Titius cum fratrem & patruum haberet, testamentum fecit, & Mævium heredem instituit, posteaque decessit. Mævius de adeundâ hereditate deliberat: & medio tempore frater Titii testatoris moritur. Mox Mævius hereditatem repudiat. Hoc casu patruus (qui moriente testatore proximus non erat) heres erit: quoniam est proximior eo tempore, quo nemo ex testamento heres existit. *Sed vide Hotomanum hîc enunciat. 2. & Mynfinger. num. 2.*

§. Placebat. 7.

§. 7. Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum, successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit: nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant: sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, sancimus: successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis à Præatore apertum est, hoc agnatis esse reclusum: maxime cum in onere quidem tutelarum, & primo gradu deficiente, sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permisum.

SUMMARI A.

- 1 *Lege duodecim tabularum duo duntaxat sunt succedendi ordines: suorum, & agnatorum.*
- 2 *Ratio differentia inter jus civile & Prætorium.*
- 3 *Non debet plus licere cognatis, quam agnatis.*
- 4 *Vbi onus & incommodum, ibi etiam lucrum.*

1 **I**ure civili veteri, nempe duodecim tabularum [quod duos tantum novit ordines; suorum heredum, & agnatorum, *ut supr. ad §. 1. tit. proximo, num. 1. dictum.*] nulla est successio, sive in suis, sive in agnatis *l. 1. §. sciendum. 8. & l. 2. in princip. ff. de suis & legitim. hered. Ulpian. in fragment. Institut. titul. 28. §. si plures. Paulus libr. 4. sentent. titul. 8. §. in hereditate, &c. latè Hunnius libr. 3. variar. resolut. jur. civ. tractat. 1. quest. 8.* Finge: Lælius intestato moriens, relinquit filium, & ex eodem filio nepotem. Hoc casu filius solus suus est heres, eique hereditas defertur. Si filius post delatam hereditatem se absteineat, nepos non admittitur. *Iterum finge:* Lælius habens fratrem & patruum, intestatus decessit. Ejus hereditatem, sibi à lege delatam, frater aspernatur; vel, dum deliberat, moritur. Hîc non patruus, licet agnatus, sed fiscus hereditatem, quasi rem nullius, occupat. Jure autem Prætorio successionis est locus, hoc est, jure Prætorio etiam admittitur agnatus secundi gradus; non tamen jure agnationis, sed

cognitionis, *hoc §. vers. quod iterum Prætores, &c. & tot. tit. ff. & Cod. de successorio edict.* Ratio differentia inter jus civile & Prætorium hæc videtur: quod illud est strictum: hoc verò latius est, & benignum; ac naturalem potius æquitatem, quam juris scrupulositatem sequi solet. Unde quando jure civili hereditas est semel delata suo in primo ordine, aut proximo agnato in secundo: non potest semel delata porrigi & venire ad alios. *Paul. dict. libr. 4. sentent. titul. 8. §. in hereditate. Hotoman. hîc enunciat. 1.* Cæterum jure novo ex Justiniani constitutione [quæ temporum vitio periit, quamque Græcam restituisse Cujacium ex Basilicis *lib. 20. observation. cap. 34. testatur hîc Rittershusius pag. 349.*] inter ipsos quoque agnatos est successio, & sequentes agnati post priorem vocantur, ut agnati, *per hunc §. nostrum. vers. sed nos nihil, &c.* Ratio novi juris adfertur duplex. 3 **Pri-**mo, quia non debebat plus licere cognatis, quam agnatis, id est, tertio ordini, quam secundo. Cognatis autem jure Prætorio conceditur successio. Ergo & 4 agnatis concedenda est. Deinde quia cum successio sit in onere, ut in tutelâ. *l. 3. §. penult. ff. de legitim. tutorib.* etiam in lucro, ut in hereditate, successio esse debet, juxta vulgatam legulam juris, *l. secundum naturam. 10. ff. de regul. jur. §. ult. supr. de legitim. patronor. tutel. Giphano. hîc in vers. sed nos nihil, &c.* Hodie verò, agnationis & cognitionis discrimine exauctorato, hujus disputationis non magnus est usus: quia, uno hereditatem repudiante, defertur illa postea sequenti propiori, sive agnatus sit, sive cognatus, *Novell. 118. cap. 3. & 4. & annotatum supr. in princip. tit. proximi. num. 58. & in §. cæterum. 3. hoc tit. num. 6.*

§. Ad legitimam. 8. & ult.

§. 8. Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contractâ fiduciâ fieri: cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contractâ fiduciâ parens manumississet.

SUMMARI A.

- 1 *Quâ juris solennitate olim facta sit emancipatio.*
- 2 *Quid fuerit contractâ fiduciâ emancipare.*
- 3 *Pater naturalis filium emancipans, hodie semper contractâ fiduciâ emancipasse censetur.*
- 4 *Cur pater filio emancipato succedat ab intestato.*
- 5 *Jure novissimo hujus §. dispositio immutata.*

UT hic §. rectius intelligatur; paucis explicandum est, 1 quâ juris solennitate olim facta sit emancipatio. In hunc autem modum fiebat: Quinque aderant testes, & libripens, id est, stateram tenens, & quidam alius qui pater fiduciarius nominabatur. Huic patri fiduciario filium suum naturalis pater emancipabat, hoc est, manu trahebat, accipiendo vicissim unum aut alterum nummum precii loco. Deinde pater fiduciarius illum quasi emptum manumittebat. Quo facto, is rursus in patris naturalis potestatem tacito quodam jure reversus, secundo atque item tertio & emancipabatur & manumittebatur. Fœminæ tamen, vel nepotes ex masculo, unicâ emancipatione de patris vel avi potestate exhibant, sui que juris efficiebantur. Tandem hoc etiam inter patrem naturalem & fiduciarium nominatim agebatur: ut si filius 2 ille moreretur: ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succederet. Idque erat contractâ fiduciâ emancipare: quia inter patrem naturalem ac fiduciarium

- expressè de succedendo filio tunc emancipato, si testamentum non fecisset, conveniebat, qualique contrahabatur ejus juris fiducia: cum alioqui pater naturalis illi tanquam extraneo jam facto succedere nequiret. *Quà de re copiosè differit Cajus libr. 1. Institut. tit. 6. Theophilus ins. præterea. 6. supr. quibus. mod. jus patr. potest. solvit.*
- 3 Verum hoc, ut rationi minùs congruum, Justinianus emendavit; atque constituit: quod pater naturalis emancipans filium, semper censeatur contractâ fiduciâ emancipasse; etsi specialiter & expressim jus succedendi sibi non reservavit. *l. ult. C. de emancipationibus liberor.* Atque ita parens hoc jure novo filio emancipato, velut agnatus, contractâ fiduciâ succedit. Filiifamilias verò, si moriatur intestatus, bona licet castrensia, occupat jure peculii, & non ut heres, sive non jure successionis, *initio tit. s. quibus non est permiss. fa. testam. l. 2. l. proponebatur. 9. & l. penult. ff. de castrensi pecul.* Ratio autem, cur pater filio emancipato succedat ab intestato, æquissima est: quia patri acceptum ferre debet filius, quod jam omnia sibi acquirat: qui si in potestate retentus fuisset, omnia patri acquisiturus erat. *l. acquiritur. 10. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & fusiùs expositum supr. ad §. 1. per quas person. cuique acquir. num. 2. & seqq.* Ideoque præmii loco isthæc successio patri debetur, notante Rittershusio *hic in fine pag. 330.* Porro jure novissimo nec hujus. dispositio apud nos ullum potest habere fructum: cum successio parentum sive ascendentium & descendentium valdè mutata sit: statimque parentes, post liberos, filiis suis intestatis succedant *Novell. 118. capite 2. & explicatum. latius suprâ, circa princip. tituli præcedentis, numero 6. & sequentibus.*

DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

TIT. III.

Principium Tituli, cum

§. 1. & 2.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem: & eos, qui per foeminini sexûs necessitudinem sibi junguntur, ad eò expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamvè ultrò citròque hereditatis capiendæ jus daret: nisi quod Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem, bonorum possessione Unde cognati accommodatâ, vocabant.

§. 1. Sed hæ juris angustia postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hereditatem.

§. 2. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam avia, deferendâ cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumvè admittatur intestatò mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scil. cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subjecta est.

- 1 *Ratio continuationis.*
- 2 *Cur mater neque liberis, neque hi illi olim succedebant.*
- 3 *Sanguinis ratio inter matrem & filium ætissima.*
- 4 *Senatusconsulti Tertylliani sententia.*
- 5 *Afflictio non addenda afflictio.*
- 6 *Senatusconsultum Tertyllianum unde dictum.*
- 7 *Tertyllianus Iurisconsultus, Christianus factus, complures libros de religione scripsit.*
- 8 *Matrimonium jure Romano non solvit patriam potestatem: licet moribus Germania aliud videatur receptum.*

A Udivimus superiori titulo §. ultim. quomodo pater liberis emancipatis ab intestato succedat: nunc, quomodo & quando mater ad liberorum intestatorum hereditatem admittatur, dispiciendum. Et primùm quidem jure civili antiquo, quod ex lege duodecim tabularum descendit, nec mater liberis succedebat, nec liberi matri, tradente hîc Justiniano, & Ulpiano in fragment. Institut. tit. 26. §. penult. Cujus ratio hæc est: quia inter matrem & liberos neque jus sui, neque jus agnationis intercedit: non quidem jus sui; quia mater liberos in potestate non habet. §. *fœmina 10. su. r. de adoptionibus. §. ceteri. 3. supr. de hered. qual. & different.* non etiam jus agnationis; quia mater liberis non per virilem sexum jungitur, sed matrimonio tantùm, & partu, auctore Giphano hîc, & *infr. tit. seq. in verb. admittuntur, &c.* Iuris autem civilis successio solummodo istis duobus, nempe jure sui, & agnationis nitebatur, ut explicavimus ad §. 1. *supr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. num. 1.* Prætores deinde æquitate naturali, & sanguinis ratione (quæ certè inter matrem & filium est ætissima) adducti, bonorum possessionem Unde cognati matri ac filio ultrò citròque dederunt. *l. 1. & l. 2. ff. unde cognati.* Sed quia hoc jure prætorio parùm matri consulebatur: cum ista bonorum possessio esset tertii ordinis; ita ut omnes sui heredes & agnati præferrentur matri. §. *admonendi. 13. supr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. postea Claudius Cæsar matri legitimam liberorum, non tamen omnium, sed in acie fortassis, bellòve publico amissorum, hereditatem attribuit, ut Justinianus subindicat hîc in principio tit. supr. de excusationibus tutor. & notant Budanus. Tuningius, Mynsingerus, & Hotomanus hîc enunciat. 3.* Tandem Senatusconsultum Tertyllianum matri, non etiam avia, (quod tamen hodie correctum est, & cautum, ut avia etiam nepoti succedat, *Novell. 118. cap. 2. & copiosius explicatum suprâ ad principium tit. de hereditatibus. quæ ab intestat. defer. num. 367. & seq.*) plenius subvenit, statuitque: ut ingenua mater jus trium liberorum habens, libertina verò quatuor, bona filiorum filiarumvè intestatò mortuorum capiat, quamvis sit in potestate parentis. §. 2. *hoc tit. l. 2. & tot. tit. ff. ad Senatusconsultum. Tertyllian. Ulpian. dict. tit. 26. §. ultim.* Ratio hujus Senatusconsulti hîc in dict. §. 2. indicatur illa: ut luctus & tristitia, quam mater percipit ex morte filii, leniatur & mitigetur successione: sive ne afflictæ addetur afflictio, luctus ex morte, & hereditatis privatio, *argum. l. nam & si. 15. in princip. ff. de inoffic. testament. l. iure succursum. 6. in princip. ff. de jure dot. & l. scripto. 7. in fine. ff. si tabula testament. nulla extab.* Huic rationi accedit & alia, nimirum jus sanguinis, seu proxima conjunctio naturalis, ut *infrâ in §. sed nos. 4. vers. respicientes ad naturam, &c.* Cæterum Senatusconsultum hoc Tertyllianum nomen habet à Tertyllo quodam sive Tertullo. Quis autem fuerit iste Tertyllus sive (ut alii nominant) Tertullus, certò non constat. Ulpianus meminit cujusdam re-scripti Imperatoris sui ad Ovinium Tertyllum libro. 1. §. *interdum. 3. ff. ad senatusconsultum. Tertyllianum.* Cassiodorus meminit Tertulli Consulis: ut & Rittershusius hîc in dicto. §. 2. *pagin. 351.* Notus etiam est Orator ille Tertullus, qui Paulum Apo-

Apostolum accusavit. *Act. c. 24.* Nec est ignotus Iurisconsultus Tertullianus: quem Justinianus vocat Interpretem juris antiqui. *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi.* traditurque scripsisse libros Quæstionum quatuor, & unum de castrensi peculio. Unde Rutilius putat, ad hujus relationem & suasionem factum esse senatusconsultum, de quo hic agitur: & addit, quosdam existimare, eum esse Tertullianum, qui postea Christianus factus est, multosque de religione libros reliquit; ut refert Balduinus hic, & Mynfinger, *num. 3.* nec non Dionysius Gothofredus in *not. ad d. l. ult. lit. E. C. de curatore furiosi.*

8 Ex illis porro propositi §. 2. verbis, licet in potestate parentis sit, perspicuum evadit; quod jure Romano matrimonium seu nuptiæ filiæ, à patris potestate eam non liberent. *l. 1. §. 1. ff. de agnoscend. & alend. lib. l. 2. §. 1. l. quotiens. 29. ff. solut. matrim. l. si uxorem. §. C. de conditionibus. insert. & l. filia, licet. 12. C. de collationibus.* Ejusque ratio videtur: quia patria potestas est merè civilis. *§. Ius autem potestatis. 2. supr. de patria potest.* matrimonium verò propter consensum, ex quo potissimum constat, magis naturale est, *l. cui fuerit. 15. in fin. ff. de condit. & demonstrat. l. nuptias. 30. ff. de regulis jur. Novell. 22. cap. 3. cum similibus.* Sed moribus totius ferè Europæ etiam matrimonio potestas patria tollitur: quia ea hodie magis naturalis, quàm civilis esse censetur. *Quæ de re videantur Scharius in l. ubi adhuc. 29. num. 16. C. de jure dot. Tiraquell. in legib. connubialib. in princ. num. 3. & seqq. Berlich. conclusion. practicabil. part. 2. conclus. 11. num. 13. cum seqq. Besold. lib. 1. Politic. c. 10. num. 47. pag. 372. alique quos citavimus supra in princ. tit. de nupt. n. 57. & in §. præterea. 6. num. 7. tit. quibus mod. jus patr. potest. solvitur.*

§. Præferuntur. 3.

§. 3. Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, si-ve primi gradus, si-ve ulterioris. Sed & filia suæ mortuæ filius, vel filia, præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater verò utriusque, non etiam avus & proavus, matri ante ponitur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quàm filia, excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis honorata: frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hereditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.

SUMMARIA.

- 1 Quando ex Senatusconsulto Tertulliano mater ad successionem liberorum admittatur, & quinam illi præferantur.
- 2 Hereditas magis liberis debetur, quàm parentibus.
- 3 Fœmina moriens suos heredes habere nequit.
- 4 Cur avus & proavus matri non præferantur.
- 5 Frater & soror quatenus matrem excludant.

1 **D**eclarat hoc loci Imperator, quando ex Senatusconsulto Tertulliano mater ad successionem filii & filiaæ admittatur, & quinam illi præferantur. Et primò matri præferuntur omnes defuncti liberi, qui sui sunt, suorumvè loco, hoc est, emancipati. *§. emancipati. 9. supr. de heredit. qua ab intest. defer. l. 2. §. liberi. 6. ff. ad Senatusconsult. Tertullian.* si-ve primi sint gradus, ut filii, si-ve ulterioris, ut nepotes, pronepotes: & deinceps. Hi namque omnes liberorum appellatione continentur. *l. liberorum. 220. in princ. ff. de verbor. significat.* Ratio expedita est: tum quia primus ordo, qui est liberorum, præferri debet secundo, id est, legitimorum, inter quos nunc est mater. Tum quia natura dicat, ut successio potius descendat, quàm ascendat; hoc est, hereditas magis liberis, quàm parentibus debeatur *l. nam etsi. 15. ff. de inoffic. test. l.*

cum ratio naturalis. 7. ff. de bonis damnator. l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla extab. Giphani. hic in verb. liberi defuncti. &c. Rectè autem Justinianus ait: *liberi defuncti.* Nam liberi defuncti non omnes matri præponuntur; sed filius solummodò, & filia defunctæ, *hoc §. vers. sed & filia, & l. quotiens. 4. C. ad Senatusconsultum Orficianum.* Cur non omnes præponantur, hæc est ratio: quia non sui sunt. Filia siquidem, si-ve fœmina moriens suos heredes habere nequit, *arg. §. fœmina. 10. supr. de adoptionib. & §. sui autem. 2. supr. de hereditatib. qua ab intest. deferunt.* Deinde & pater utriusque, id est, tam filia, quàm filii, si-ve filius, si-ve filia decesserit, matri antefertur. *hoc §. nostro. vers. pater verò utriusque, &c. d. l. 2. §. objicitur. 15. ff. ad Senatusconsultum Tertullian. l. 2. C. eod. l. si ad patrem. 10. ff. de suis & legit. heredib. Berlich. part. 3. conclusion. practicabil. conclus. 23. num. 1.* Et ratio est: quia pater non tantum eodem est gradu, quo mater; sed & aliquid ampliùs habet, putà jus vetus ex manumissione, de quo *supr. in §. ult. tit. proximo.* Avus autem, & proavus defuncti non præferuntur matri: quoniam hæc gradu illos antecedit. *d. l. 2. §. objicitur. 15. vers. sed. neque avus. ff. ad Senatusconsultum Tertullian.* Frater præterea consanguineus matrem excludit: soror verò consanguinea cum matre concurrat, ut hic in *vers. frater autem, &c. d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. & l. si quis intestatus. 7. ff. eod.* Sed si frater & soror ambo cum matre concurrant, matri anteponuntur: & soror quidem hoc casu propter fratrem. Quod si fratres uterini sint, aut naturales: mater iis præfertur. *l. Lucius. 45. ff. de vulgar. & pupill. substit.* si modò mater tres vel quatuor liberos pepererit, ut ex §. 2. hujus tituli efflorescit.

§. Sed nos constitutione. 4. & §. sed cum antea, §.

§. 4. Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus: respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit: immeritò defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, si-ve ingenuis, si-ve libertinis, etsi non ter enixæ fuerint, vel quater, sed eum tantum, vel eam, qui quævè morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

§. 5. Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, rectâ & simplici viâ matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ullâ deminutione filiorum suorum successionem accipere: exceptâ fratris & sororis personæ, si-ve consanguinei sint, si-ve sola cognationis jura habentes: ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimopræposuimus; ita omnes fratres & sorores, si-ve legitimi sint, si-ve non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen, ut siquidem solæ sorores agnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint: dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant. Si verò matre superstite & fratre, vel fratribus

solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur: in capita distribuitur ejus hereditas.

S U M M A R I A.

- 1 Cur liberorum hereditas matri indistinctè concedenda, triplici ratione declaratur.
- 2 Justiniani sanctione mater, in legitimâ filii successione, omnibus agnatis præfertur: exceptis solis fratribus & sororibus defuncti.
- 3 Hujus §. dispositio jure novissimo correctâ.

Adfertur hîc Senatusconsulti Tertylliani, & constitutionum quarundam emendatio, quâ primùm Justinianus legitimam liberorum hereditatem, eamque solidam, matri indistinctè concedit; sive ter, sive quater enixa sit, sive defunctum tantum susceperit. *l. 2. C. de jure liberorum.* Ratio hujus correctionis sive novi juris triplex adduci poterit: Tum, quia hæc successio ex naturâ, ut causâ certâ & justâ, & non ex numero liberorum, ut causâ incertâ & fortuitâ pendere debet, *hoc §. 4.* Tum, quia jure naturæ tantum debetur matri, quantum patri, *argum. l. 4. & seqq. ff. de in jus vocando. & l. penult. C. de legit. heredib.* Tum, quia plus periculi & oneris in pariendo & alendo sustinet mater, quam pater: ac proinde etiam plus illi deberi videtur, *notante hîc Giphano, in verb. respicientes ad naturam, &c.* Cæterum quod ait hîc Imperator (quem ineptiarum solito more ineptissimè arguit Bachovius *hic pag. 664.*) de periculis puerperii sive partûs: idem pluribus verbis exaggerat in *l. assiduis, l. 2. §. 1. C. qui potiores in pign. hab.*

- 2 Deinde Justinianus tertiam illam hereditatis partem, quam mater olim ex constitutionibus (quas relatas videmus in Codicis Theodosiani librum. 5. sub. tit. 1. de legitimis hered. l. 1. 2. & penult.) agnatis dare cogebatur, pro jure antiquo illis competente, tollit: ut mater in legitimâ filii successione agnatis sive legitimis personis omnibus, sine ullâ detractioe tertiæ partis, præferatur: solis fratribus & sororibus defuncti exceptis. *l. ult. Cod. hoc tit.* Nam si mater concurrat cum solis sororibus, sive consanguineis, sive uterinis, ad semissem hereditatis admittitur: sin concurrat vel cum fratribus solis, vel cum fratribus & sororibus simul; hereditas in capita dividitur, totque partes fiunt, quot succedentium personæ reperiuntur, *hoc §. 5. & dict. l. ultim. Cod. eod.* Atque hæc quidem succedendi ratio jure Institutionum & C. obtinet: aliud verò novellis constitutionibus sancitum est. Quare qui exactè vult cognoscere, quomodo parentes hodie liberis succedant: eum recurrere oportet ad ea, quæ annotavimus suprâ ad princip. tit. de hereditatibus, quæ ab intest. deferuntur, num. 367. & seqq.

§. Sed quemadmodum 6.

§. 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus; ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati, intra annum petere neglexerint: ab eorum impuberum morientium successione meritò repellentur.

S U M M A R I A.

- 1 Mater, nisi liberis impuberibus intra annum tutores petat, à successione eorum repellitur.
- 2 Quibus ex causis mater, tutorem filiis non petens, excusetur.
- 3 Mens & intellectus *l. 1. C. si adversus delict.*
- 4 Quod in matre decusum, idem in avia obtinet.

Mater, quæ liberis suis impuberibus, patre amisso, intra annum tutores idoneos non postulat, ab eorum hereditate excluditur, per hunc textum nostrum, &

monuimus supr. in pr. tit. de hereditatibus, quæ ab intest. defer. num. 393. Nec interest, sintne liberi naturales, an ex justis ac legitimis nuptiis procreati. *l. ult. C. qui petant tut. vel curatores.* Idque optimâ ratione constitutum est: quia indigna videtur mater successione filii, cui impuberi ipsa prospicere de idoneis tutoribus neglexit. *l. 2. §. si mater. 23. ff. ad SC. Tertyll. l. 2. §. 1. ff. qui petant. tutor. & l. matris. 6. C. d. tit.* Illud tamen ut procedat, primò requiritur, ut pupillo tutorem habere expediat. Nam si ex re & commodo pupilli non sit, tutorem constitui: mater, quæ eum non petiit: excusatur. *Exempli gratia:* si amplum legatum pupillo sub hac conditione sit relictum, *Si tutores non habuerit.* Hoc casu si majus sit emolumentum legati, quam tutelæ: mater non petens tutorem, pœnam non meretur. *d. l. 2. §. tractari. 44. ff. ad SC. Tertyllianum.* Deinde necessarium est, ut filius in pupillari ætate moriatur. Etenim si pubes factus decedat: mater, quæ ipsi impuberi non petiit tutorem, ab ejus hereditate non arcetur. *l. matres. 3. & l. omnem. 6. C. hoc tit. Mynsinger. Wesenbec. & Giphanius hîc in verb. impuberum morientium, &c.* Ratio hæc reddi potest: quia filius matri culpam remisisse videtur. Poterat enim alioqui pubes factus illam testamento omittere, & ab hereditate suâ remove. Atque isthac conjectura & interpretatio ob favorem matris facilem recipitur: cum præsertim is, cui nocitum est, non amplius superfit. *Rittershus. hîc pag. 355.* Tertio exigitur, ut mater sit major 25. annis. Ea enim, quæ 25. annum nondum attigit, etiam si filio impuberi tutorem non postularit, propter ætatis lubricum pœnam evitat: adeoque ipsi successio filii minimè denegatur: cum hæc pœna in majoribus tantum matribus obtineat, uti rescripserunt Imperatores Diocletianus & Maximianus in *l. 2. C. si adversus delictum, &c.* Neque minor restitutionis in integrum auxilio opus habet: cum ipso jure tuta sit, & à pœna hac privationis excusetur, *argum. d. l. 2. C. dict. tit. & l. penult. C. ex quibus caus. infamia irrogatur. Forster. lib. 7. de successione ab intest. cap. 16. num. 5.*

Nec obstat *l. 1. C. si adversus delict.* ubi minor ad evitandam pœnam delicti, à se commissi, non tutus est ipso jure, sed restitutionis ope indiget. Namque lex illa loquitur de delicto, quod consistit in faciendo, & citra dolum malum perpetratum fuit: nos autem hîc agimus de delicto, quod omittendo saltem admissum est. Itaque nostro in casu mater minor ipso jure excusatur à pœnâ, nec restitutionis beneficio opus habet.

Porro non mater tantum, sed & avia, tam materna, quam paterna, si non petierit tutorem nepotibus pupillis intra annum, eorum successione privatur, præallegatâ leg. 2. §. filiis autem. 28. ff. ad Senatusconsultum Tertyllianum. Bartolus in dict. leg. 2. §. si mater. 23. ff. eodem. & in leg. 2. in princ. ff. de vulgari & pupill. substit. Paulus de Castr. Cornens, & alii in leg. sciens. 10. Cod. de legitimis heredibus. Parisius consilio. 84. volum. 2. Forsterus dict. lib. 7. cap. 16. num. 11. & Grassus in lib. recept. sentent. §. successio ab intestato. quest. 28.

§. Licet autem, 7.

§. 7. Licet autem vulgò quæsitus sit filius filiavè: potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

S U M M A R I A.

- 1 Mater non solum justis liberis, verum etiam vulgò quæsitis succedit.
- 2 Mulieribus illustribus castitatis observatio præcipuum debitum.
- 3 Matrem illustrem filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter obtinuit.

Ex

- 1 **E**X Senatusconsulto Tertylliano mater non legitimis solùm & iustis liberis, verùm etiam spurii & vulgò quæsitis, cum ea cognata & naturâ mater sit, succedit, hoc §. & l. 2. §. 1. ff. ad SC. Tertyll. & l. si spurius. 4. ff. unde cognati. Et quamvis Accursius hic, Mynsingerus, & alii tradant, matrem illustrem ab hereditate filii spurii repellendam esse: eò quòd in mulieribus illustribus, quibus castitatis observatio præcipuum debitum est, nominari spurios, satis ignominiosum, satisque acerbum sit. l. si qua illustris. §. C. ad SC. Orphit. attamen cum nihil singulare de matre illustri hac in parte, jure nostro sit cautum, eam filii sui spurii hereditatem petere posse, communiter, & quidem rectè, receptum est: ut, post Angel. in §. præferuntur. 3. f. hoc tit. & Matthæsyllan. in tr. de success. ab intest. 2. membro secundi articuli principal. num. 5. docuit Schneidevv. f. in tit. de heredit. quæ ab intest. defer. in secundo ord. succed. num. 48. & nos etiam attigimus f. in princ. d. tit. de heredit. quæ ab intest. defer. num. 400. Et eâ de re uberius scripsit Valentinus Forsterus libr. 7. de successione. ab intest. cap. 17. num. 5. & sequentib.

DE SENATUSCONSULTO ORPHITIANO.

TIT. IV.

Principium Tituli, cum §. 1.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orphitiano, quod Orphitio & Rufo consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quàm filia legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sint: & præferuntur consanguineis & agnatis defunctæ matris.

§. 1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur: postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

S U M M A R I A.

- 1 Continuatio hujus tit. ad præcedentem: & senatusconsultum Orphitianum à quo, & quando factum.
- 2 Prætor non juvare solet eos, quibus jure civili est prospectum.
- 3 Patria potestatis effectus.
- 4 Quare nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur.

- 1 **I**N proximè præcedenti titulo explicatum est: quomodo lex Senatusconsulto Tertylliano mater filio succedat: nunc vice versa, qua ratione filius ex Senatusconsulto Orphitiano (quod factum est, imperantibus Marco Ælio sive Aurelio patre, & ejus filio Antonino sive Commодо, circa annum Christi 180. Cornelio Scipione Orphitio, & Velio Rufo Consulibus: adeoque ab auctore suo nomen est sortitum; ut Balduinus, Wesenbecius, Mynsingerus, Hotomanus & Tuningius hîc notant) ad matris hereditatem veniat, subtextitur. Etenim ante hoc Senatusconsultum liberis, in patris potestate constitutis, ad matris successionem nullus patebat aditus, neque jure civili, neque Prætorio. Non quidem jure civili: quia nec jus sui, nec jus agnationis inter eos erat, ut supr. in principio tituli proximi dictum. Non etiam jure Prætorio, per bonorum possessionem Unde cognati: quia Prætor non juvare solebat eos, quibus jure civili erat prospectum. Liberis autem in potestate jure civili deferrebatur successio patris. Sed tamen si emanciparentur liberi à patre: matris jure Prætorio, ut proximi cognati, id est, tertio or-

dine succedebant. Cæterum ex hoc Senatusconsulto filius & filia ad bona matris intestatæ, ante ejus consanguineos agnatosque, admittuntur; quamvis patris in potestate sint, hîc & l. 1. l. matris 4. & l. penult. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. Hujus ratio est: quia hæc successio non patriâ potestate, aut ratione civili, sed potius ratione naturali; nimirum jure sanguinis nititur. Ex quâ ratione & illud resultat, quòd vulgò quoque quæsitæ & ex concubinis nati ad matris successionem admittantur, ut constat ex §. novissimè. 3. infra hoc tit. item quòd fratres ac sorores, etiam uterini, sive diversis ex matrimoniis nati, matri succedant. d. l. matris. 4. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. Nec adversatur, quòd si liberis in potestate, hereditas matris non maneat penes liberos, sed transeat ad eum cujus juri subjecti sunt, videlicet ad patrem, l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. hereditat. Nam id fit non ratione successionis, sed ratione patriæ potestatis, per quam omnia patri acquiruntur. Quod tamen de jure veteri, sive de tempore Senatusconsulti hujus tantum intelligendum est: posteriori siquidem jure bona materna, quoad proprietatem, ad liberos pertinent, §. 1. supr. per quas pers. cuque acquir. & l. 1. C. de bonis matern.

Ut autem ex Senatusconsulto Tertylliano sola mater filio, & non avia nepoti; ita & contra ex hoc Orphitiano solus filius matri, & non nepos aviæ, succedit, §. 1. hoc tit. Sed postea Principum constitutionibus, quæ circa hoc Senatusconsultum factæ sunt, id emendatum est: ut non tantum filius & filia ad matris, sed etiam nepotes & neptes ad aviæ intestatæ successionem admittantur: quamvis avia nepotibus non succedat, l. si defunctus. 4. Cod. Theodos. de legitim. hereditibus. Ratio differentia, cur nepotes ad aviæ, & non item avia ad nepotum successionem vocetur, hæc est: quia hereditas magis debetur descendantibus sive liberis, quàm ascendentibus, hoc est parentibus, l. nam etsi. 15. ff. de inoffi. testament. & l. scripto. 7. in fine. ff. si tabul. testament. nulla extab. Verùm jure novissimo parentum & liberorum mutua successio in infinitum habet locum, Novell. 118. cap. 1. & 2. & abundè expositum in princip. sup. 1. de hereditatibus, quæ ab intest. deferunt. num. 55. & seqq. item n. 367. & sequentibus.

§. Sciendum. 2.

§. 2. Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano & Orphitiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi; propter illam regulam, quâ novæ hereditates legitimæ capitis deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

S U M M A R I A.

- 1 Hereditates veteres legitimæ, capitis deminutione minimâ perimuntur: novæ non item.
- 2 Capitis deminutio, ut civilis, tollit civilia; non verò naturalia.
- 3 Veteres hereditates, itemque novæ, unde nomen habeant.
- 4 Maximâ & mediâ capitis deminutione pereunt quoque jura cognationis.

Hereditates legitimæ veteres capitis deminutione minimâ, hoc est, emancipatione perimuntur: novæ verò hereditates legitimæ eadem capitis deminutione non pereunt, hoc §. & l. 1. §. capitis. 8. ff. ad Senatusconsult. Tertyllian. l. capitis. 11. ff. de suis & legitim. hered. l. tutelæ. 7. ff. de capite minut. Ratio discriminis evidens est: quia veteres hereditates tantum respectum habent ad causam civilem, nimirum ad jus potestatis & agnationis: novæ autem tantum considerant causam naturalem, putà jus cognationis & sanguinis, ut sentiunt hîc Balduinus, Henricus Schilbock, & Giph-

- 2 *Giphanus*. At capitis deminutio, ut civilis, tollit civilia; naturalia non item, §. ult. f. de legit. agnat. tutel. l. jura
- 3 *sanguinis*. 8. ff. de regul. jur. Cæterum veteres hereditates à veteri lege duodecim tabularum, ut novæ à novis legibus sive Senatusconsultis, ex quibus deferuntur, nomen habent, l. 1. §. 3. ff. de petitione hereditat. Porro notanter superius dictum est: capitis deminutione minimâ veteres duntaxat hereditates perimi. Nam maximâ & mediâ capitis deminutionibus etiam jura cognationis; ac proinde successiones quoque novæ, ex novis legibus natæ, pereunt. §. quod autem. 6. supr. de capitis deminut. effectus, inquam, illius cognationis tollitur, non ipsa cognatio, quæ est planè naturalis, docente *Rittershusio hic in fine. pag. 357.*

§. Novissime. 3.

§. 3. Novissimè sciendum est; etiam illos liberos, qui vulgò quæsitæ sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti,

S U M M A R I A.

- 1 *Spurii ex Senatusconsulto Orphitiano matri succedunt.*
 2 *Ratio Senatusconsulti.*
 3 *Liberi, ex damnato coitu procreati, ab omni successione excluduntur.*

- 1 **Q**uemadmodum ex superiori Senatusconsulto Tertulliano mater filio spurio sive vulgò quæsito succedit: ita ex hoc Senatusconsulto Orphitiano spurius ad hereditatem matris admittitur, per hunc §. §. 1. §. 2. ff. ad Senatusconsult. Tertullian. nisi mater illustris sit, & liberos ex iustis nuptiis procreatos habeat, l. si qua illustris. §. C. ad Senatusconsult. Orphitian. Idque explicatiùs tractatum ad principium tit. supr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer.
- 2 num. 338. & seqq. Ratio utriusque Senatusconsulti jam aperta est: quia successio utriusque nititur causa & ratione naturali, id est, jure sanguinis, ut supra initio hujus tit. dictum num. 2. Ius autem sanguinis, hoc est, naturalis cognatio tam est in liberis injustis, & vulgò quæsitis, quam iustis & legitimis, argum. l. jura sanguinis. 8. ff. de regul. jur.
- 3 At verò ex punibili, damnatoque coitu suscepti; quales sunt ex adulterio nati, incestuosi & similes, à successione omni prorsus alieni habentur, Novell. 74. cap. ultim. Grass. in libr. recept. sententiar. §. successio ab intestato. quæstion. 20. num. 4. Hartman. Pistoris lib. 1. quæst. 42. & expositum supr. in d. principio tit. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. num. 347.

§. Si ex pluribus. 4. & ult.

§. 4. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quò minùs adeant: reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet antè decesserint, quàm accresceret; ad heredes tamen eorum pertinet.

S U M M A R I A.

- 1 *Ius accrescendi quid sit.*
 2 *Nemo pro parte testatus, & pro parte intestatus, decedere potest.*
 3 *Ius accrescendi in quibus locum habeat.*
 4 *Hereditas legitima semper proximiori deferitur.*
 5 *Ius accrescendi transmittitur ad heredes: ejusque ratio.*
 6 *Beneficia realia ad heredem transeunt.*

- 1 **I**us accrescendi, de quo hic agit *Iustinianus*, dicitur: Quando portio unius heredis, non adeuntis hereditatem, aliis coheredibus adeuntibus, etiam invitis ac nolentibus, accrescit. Cur invitis ac nolentibus? Primum quia absonum atque ineptum est, ejusdem hereditatis partem agnoscere, & partem respuere. l. unic. §. his ita definitis. 10. C. de caduc. tollend. Deinde quia (quæ ratio propria est hereditatis ex testamento delatæ) nemo pro parte testa-

tus, & pro parte intestatus decedere potest. §. hereditas. §. f. de heredibus. instituend. l. ius nostrum. 7. ff. de regul. jur. De utrâque hac ratione egregiè *Duarenus lib. 1. de jure accrescend. capit. 2. Paulus Æmilius Gallus in tract. de exceptionibus. in success. tam ab intest. quam ex testam. part. 3. tit. 2. except. 3. num. 1. & seqq. fol. 561.* De hoc autem accrescendi jure duæ insignes breviter notandæ sunt sententiæ. Prior est: huic juri locum esse non solum in hereditatibus ex testamento. d. §. hereditas. & §. seqq. f. de hered. instit. in legatis & fideicommissis, §. si eadem res. 8. supr. de leg. & in bonorum possessione, l. 3. §. ult. & tribus legibus seqq. ff. de bonor. possessionibus. sed etiam in hereditatibus legitimis, sive ab intestato delatis. l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. l. 1. §. si nemo. 9. ff. ad Senatusconsult. Tertullian. l. si Titio. 61. §. 1. ff. de legat. 2. Paul. lib. 4. sentent. tit. 8. §. ultim. Ratio, cur in hereditate legitimâ jus accrescendi locum habeat, hæc est: Tum quia eodem in gradu qui sunt, conjuncti esse reputantur; velut duo fratres, duo filii, &c. ita ut omnibus ejusdem gradûs tota hereditas deberi, ac non nisi concursu scindenda videatur, *Duaren. d. lib. 1. de jure accrescend. cap. 1. & 14.* Tum quia hereditas legitima proximiori semper deferitur, *Paul. d. tit. 8. §. in hereditate, &c.* Est autem absurdum, ut unius hereditas diverso jure censeatur, id est, partim ad proximiorē, partim ad remotiorē pertineat, l. eum, qui ades. 23. & l. rerum mixtura 30. §. ultim. ff. de usurpat. & usucap. Altera sententia est: jus accrescendi transmitti ad heredes; d. l. si ex pluribus. 9. ff. de suis & legit. hered. l. hæc scriptura. 26. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. d. l. unic. §. his ita. Cod. de caduc. tollend. Ut pone: Tres sunt heredes ab intestato. Duo hereditatem adeunt: tertius verò repudiat. Hujus tertii deficiens portio reliquis duobus, hereditatem adeuntibus, accrescit. Et licet reliqui duo, qui adierunt, antè mortui fuerint, quàm portio tertii accresceret: tamen ad heredes eorum tertii portio deficiens transmittitur, hoc §. nostro, in fine. Ratio; cur jus accrescendi transeat ad heredes, hæc esse videtur: quia jus istud reale est, sive ad rerum acquisitionem pertinet, l. si totam. 83. ff. de acquir. vel omitt. hered. *Giphanus & Schilbock. hic circa finem.* Atqui beneficia, quæ rei coherent, non personæ, ad heredem transeunt. l. privilegia. 196. ff. de regul. jur. & notat. *Rittershusius hic in fine. pag. 358.*

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TIT. V.

Principium Titul. cum
 §. 1. 2. 3. & 4.

Post suos heredes, eosque, quos inter suos heredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quo numero sunt agnati, & hi, quos in locum agnatorum tam supraddicta Senatusconsulta, quàm nostra erexit constitutio) proximos cognatos Prætor vocat.

§. 1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à Prætore tertio ordine vocantur: exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis, vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, sive sororis: non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis verò agnatis inferioris gradûs, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.

§. 2. Eos

§. 2. Eos etiam, qui per foeminini sexûs personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad successionem vocat.

§. 3. Liberi quoque, qui in adoptivâ familiâ sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.

§. 4. Vulgò quæsitos, nullos habere agnatos, manifestum est: cum agnatio à patre sit, cognatio à matre: hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eâdem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum ergò cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur.

S U M M A R I A.

- 1 Ordinis ratio, seu continuatio.
- 2 Qui tertio cognatorum ordine succedant.
- 3 Civilis ratio-civilia jura corrumpit, naturalia non item.
- 4 De lege Anastasii Imperatoris.
- 5 Quibus cognatis Prætor bonorum possessionem pollicetur.
- 6 Proximitatis verbum quid hic significet.
- 7 Liberi adoptivi quatenus ad naturalis patris hereditatem vocentur.
- 8 Cessat Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium.
- 9 Liberi vulgò quæsi quo ordine succedant.
- 10 Vulgò quæsi nullum patrem habere intelliguntur.

1 Expedito primo, qui est suorum heredum: itemque secundo, qui est legitimorum seu agnatorum, eorumque, qui his annumerari solent, ordine succedendi civili: transit Justinianus ad tertium, jure Prætorio comparatum, qui ad cognatos pertinet. Ex his autem, qui hoc tertio ordine succedunt, primò sunt agnati capite deminuti, h. e. emancipati, & qui ex iis progeniti sunt, §. 1. *hoc tit. & l. legit. §. ff. Unde cognati*. Ratio, cur hi tertio ordine à Prætor vocentur, hæc est: quia licet agnatio minimâ capitis deminutione extincta sit, adeoque emancipati, ex iisque geniti, non amplius inter legitimos ex lege duodecim tabularum habeantur, i. e. non amplius sint agnati; manent tamen cognati. Emancipatio siquidem, quæ juris civilis est, cognationem, quæ ex naturâ descendit, tollere non potuit. Nam civilis ratio civilia quidem jura corrumpit, naturalia verò non utique, §. *ultim. supr. de legit. agnator. tutel. §. minùs ergò. l. 1. sup. de hered. qua ab intestato deferuntur*. Anastasius porro Imperator emancipatum fratrem aut sororem unâ cum fratribus integri juris, id est, capitis deminutionem non passis, sive non emancipatis, ad legitimam fratris sororisve hereditatem ita vocat, ut integri, hoc est, non emancipati, singuli duplo plus accipiant, quàm emancipati: veluti, si unus sit frater non emancipatus, & alter capite minutus, id est, emancipatus: non emancipatus bessem sive octo uncias accipit, emancipatus verò trientem, h. e. quatuor uncias, *l. si ab eo. l. 1. & l. ult. §. 1. Cod. de legitimis heredib. l. frater. 4. Cod. de legit. tutel. & hic copiosè Theophilus*.

5 Deinde hoc tertio gradu seu ordine admittuntur ad bonorum possessionem Unde cognati à Prætor illi, qui per muliebrem sexum sive per foeminini sexûs personas ex transverso cognatione junguntur. §. 2. *hoc titul. nostro. l. 1. & 2. ff. Unde cognati*. ubi traditur, Prætorum naturali ratione & æquitate permotum, omnibus cognatis promittere bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non poterant. Rectè autem ait Imperator hic *in d. §. 2.* ex transverso cognatione junguntur. Licet enim etiam in lineâ directâ sint cognati per foeminas cognatione juncti, ut nepotes ex filiâ: hi tamen in primo ordine hodie, & non in hoc tertio vocantur, ut patet ex §. *penult. & ult. supr. de hereditatib. qua ab intest.*

defer. ubi id explicatiùs persecuti sumus. Porro proximitatis nomine hic *in d. §. 2.* & aliàs sæpe, ut *in §. 4. & ult. infr. hoc tit. initio tit. infr. de servili cognat. l. si spurius. 4. ff. unde cognati. & l. ad intestati. §. C. de legitimis heredib.* cognatio naturalis, per sexum foemininum inducta, designatur: quia in hac solâ proximitas spectatur: & quo quisque gradu proximior est, eo jure habetur potior. Cæterum in aliis, suorum nimirum & agnatorum, ordinibus, non tam quis sit gradu proximior, quàm quis suus, quisve agnatus sit, consideratur: atque ita remotior interdum proximior excludit, ut docent Wessenbecius, Rittershusius & Tuningius *in d. §. 2. hoc tit.*

Tertio liberi quoque adoptivi ad naturalium parentum hereditatem hoc cognatorum ordine vocantur, §. *liberi. 3. hoc tit. d. l. 1. §. cognationem. 4. ff. Unde cognati*. Ratio, cur hi tertio demum hoc cognatorum gradu vocentur, est: tum quia cum sint emancipati, sive extra potestatem patris naturalis, non sunt amplius sui, quoad illum patrem: tum etiam, quia Prætor eos non vocat in primo ordine liberorum: quia cum sint in familiâ & potestate patris adoptivi, & proinde iis jure civili sit prospectum: non putavit, se illis succurrere debere. Cessat enim Prætorium & extraordinarium auxilium, ubi est ordinarium, *l. in causa. 6. ff. de minoribus 25. ann. & dictum in §. at hi, qui emancipati. 10. f. de hereditatibus, qua ab intest. defer.*

Denique liberi vulgò quæsi, id est, ex meretrice pro-
9 geniti, hoc tertio ordine mutuò sibi succedunt, §. *vulgò quæsi 4. hoc tit. l. si spurius. 14. ff. Unde cognati*. Ratio clara est: quia cognati tantum inter se sunt, non agnati. Quid ita? quoniam agnatio à patre est, §. 1. *f. de legitim. agnator. succession.* At vulgò quæsi nullum patrem habere intelliguntur, *d. §. 4. hoc tit. & l. vulgò concepti. 23. ff. de statu hominum*. Ex quo sequitur, eos inter se quoque consanguineos non esse. Nam consanguinei vocantur fratres ex eodem patre nati: & consanguinitatis jus, agnationis species est, *auct. Inst. in d. §. 4. hoc tit.* Quam obrem vulgò quæsi, nec consanguinei, nec agnati, sed solummodo cognati, tum inter se, tum matri esse dicuntur, *l. 2. & d. l. 4. ff. Unde cognati*. Idq; paulò latius explicat Petrus Ostermann. *hic in suis rationalibus. p. 37.*

§. Hoc loco. §.

§. 5. Hoc loco & illud necessariò admonendi sumus: agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem, etsi decimo gradu sit: sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis solis Prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nati natavè.

S U M M A R I A.

- 1 Agnati usq; ad decimum, cognati usque ad sextum tantum gradum succedunt: nisi ex sobrino, sobrinave descenderint.
- 2 Qua sit ratio istius differentia.
- 3 Hodie & agnati & cognati in infinitum succedunt: salvâ tamen semper gradus prærogativâ.

Exponitur hic egregia inter agnatos & cognatos in successione differentia: agnatos scilicet, qui per masculinum nos contingunt, ad hereditatem venire, etsi decimo gradu sint, hoc est, admitti in infinitum (neque enim ista hujus §. verba, *etsi decimo gradu sit*: hoc innuunt, quod agnationis jure usque ad decimum solum gradum succedatur, sed exempli causa ponuntur pro longissimo gradu, §. *cæterum. 3. f. de legit. agnat. success. §. fin. inf. de servili cognat.*) cognatos verò, id est, per foemininam lineam conjunctos, usque ad sextum tantum gradum succedere: nisi nati sint ex sobrino, vel sobrinâ. Hi enim soli etiam ex septimo gradu admittuntur. *l. 1. §. hac autem. 3. ff. unde cognati*. cum quia velut descendentes sunt, quibus

potius hereditas, quam collateralibus debetur: tum quoniam frequentius naturâ evenit, ut hi superstitibus sint, quam alii ejusdem gradus ex patruis & patruelibus, teste hic Wesenbecio num. 3. Ratio autem differentia, quare agnati ad hereditatem in infinitum, cognati usque ad sextum duntaxat vel septimum gradum inclusive admittantur, hæc est: quia in agnatione ratio civilis & jus familiæ, in cognatione jus sanguinis sive natura spectatur. Jura verò jus familiæ porrigi & produci potest in infinitum. At natura non patitur, ut vita cognatorum ultra septimum gradum consistat, aut vix eo pertingat, sive in directo limite, sive in transverso, l. non facile. 4. ff. de gradib. & affinib. Paul. lib. 4. sent. tit. 11. §. ult. Isidor. lib. 9. cap. 6. Giphanius in hoc §. Sed & illa forte ratio assignari poterit: tum quia post agnatos veniunt cognati: ac proinde frustra multiplicarentur gradus cognationis. Tum quia minus indulgendum fuit bonorum possessioni, quam successioni civili, notante hic Marcilio. Vide tamen ista aliter explicantem Bachovium hic num. 1. pag. 672. & seq.

3 Porro cum hodie in successione, agnationis & cognationis discrimen oblitteratum sit: in infinitum & cognati cum agnatis veniunt ad successionem: salvâ tamen semper gradus prærogativâ, ut qui prior in gradu sit, potior etiam in successione habeatur, Novell. 118. cap. 4. Anton. Matth. hic in suis Not. Döring. in bibliotheca jurisconsultorum. tom. 3. verb. agnati. num. 47. fol. 1170. & explicatum supr. in princ. tit. de hereditatib. quæ ab intest. deferuntur. num. 58. 449. & sequente.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

TIT. VI.

Principium Tituli.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quia in re in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex transverso fratrum sororumvè, & eorum, qui quævè ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio hujus tituli cum precedente.
- 2 Disputationis de gradibus cognationum, triplex maxime jure civili usus.
- 3 Tutela ad proximos agnatos pertinent.
- 4 Contra affines & agnatos inviti dicere testimonium non cogimur.
- 5 Graduum utilitas insignis in contrahendis matrimoniis.
- 6 Gradus unde, & quid sit: & n. 11.
- 7 Nulli affinitatis sunt gradus: hujusq. ratio.
- 8 Lectio & sensus l. ult. ff. de gradib. & affinib.
- 9 Cognati unæ sic dicti.
- 10 Cognationis triplex linea sive ordo: parentum, liberorum, & propinquorum.
- 11 Directus & transversus limes à quo gradu incipiant.
- 12 Inter fratres & sorores nulla est generatio.

1 **Q**uia paulò antè dictum est: agnatos, etiam si decimo gradu sint, succedere: cognatos usque ad sextum vel septimum: sequens fuit exponere, quoto quique ex his sint gradu: ut inde intelligi possit, qui quibus in

2 successione præferantur. Est autem disputationis de gradibus cognationum triplex potissimum jure civili usus. Primus cernitur in hereditatibus, quæ eo jure proximis

agnatis deferuntur: ut cognatis jure Prætorio. §. si plures. §. supr. de legit. agnat. success. initio. tit. proximè precedentis. Novell. 118. c. 3. in fine. Alter est in tutelis, quæ & ipsæ ad proximos agnatos pertinent, de quibus supr. de legit. agnator. tutel. §. ut. s. de capitis deminut. Tertius est in lege publicorum judiciorum, quæ contra affines & agnatos testimonium inviti dicere non cogimur. l. lege Julia. 4. ff. de testibus. Et has tres utilitates adfert ipse Paulus in l. ult. in pr. ff. de gradib. & affinib. Est & quarta utilitas, eaque insignis in contrahendis matrimoniis, de quâ Alexander Papa secundus in can. ad sedem. 35. q. 5. ubi reprehendere videtur Iurisconsultos, quod hanc omiserint utilitatem, quam tamen solam spectent canones. Sed immeritò reprehendit. Nam non omnem illi graduum mentionem & usum in nuptiis prætermiserunt, ut patet ex §. inter eas. 2. & §. seq. sup. de nupt. & l. per adoptionem. 17. §. 2. de ritu nuptiar. Vide D. Besoldum in thesauro pract. lit. G. num. 64. pag. 358. & Georgium Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis in procemio. Gradus autem μεταφορικῶς hoc loci dicitur, ductâ similitudine à scalis, vel locis proclivibus, quos per gradus ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus. d. l. ult. §. gradus. 10. ff. de gradib. & affinib. nihilque aliud est, quam generatio personæ, sive intervallum cujusque generationis cognatorum. §. hæcenus. 7. infr. hoc tit. Etenim cum quæritur, quoto gradu hic distet ab illo: hoc quæritur, quotâ generatione illum contingat? Verbigratuâ, cum quæro, quoto gradu distet pater à filio, quoto filius à patre, vel quoto frater à fratre: hoc solum quæro, quot generationes inter filium & patrem, aut inter duos fratres intercedant? Hinc est, quod Modestinus Jureconsultus respondet, nullos esse affinitatis gradus. d. l. non facile. 4. §. gradus. 5. ff. de gradib. & affinib. Ratio, cur sint nulli, hæc est: quia nullæ sunt generationes: quippe cum affines nequaquam nascantur ex affinibus, sicuti cognati ex cognatis, sed matrimonio fiant. Affinitatis siquidem principium faciunt conjuges, maritus & uxor: qui arctissimâ conjunctione juncti, unum corpus fiunt. Genes. cap. 2. v. 23. Matth. c. 19. 1. Corinth. cap. 14. & c. 6. v. 16. Ephes. c. 5. v. 28. 29. 31. 33. Nov. 22. in præfat. l. si id. 28. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor. & ab utraque parte suos cognatos, alter alteri devincit & affines efficit, eo gradu quo à se in cognatione distant. d. l. 4. §. sed quoniam. 3. vers. affines sunt. ff. de gradib. & affinib. Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 7. num. 32. pag. 20. Quare malè in vulgaribus libris & exemplaribus legitur, de gradibus affinitatis & consanguinitatis: rectè verò in Pandectis Florentinis, de gradib. & affinib.: de gradibus, scilicet cognationum ut hic. Et ita Paulus quoque libro. 4. sentent. tit. 11. simpliciter concepit, de gradibus.

Nec obloquitur dict. l. ult. ff. eod. in cujus principio habetur, Iurisconsultum nosse debere cognatorum gradus & affinium. Ille namque locus (ut hic monet Cujacius in suis notis) emendandus videtur, & legendum: gradus & affines. Sic enim ipsa inscriptio legis est: de gradibus & affinibus. Nisi quis fortè ibi nomine tantum seu abusive, non propriè & re ipsa gradus affinitatis nominari existimet, quemadmodum hic ad Rubricam Wesenbecius. Vide quoque Julium Pacium centur. 6. ἐναρτιστικῶν quæst. 71. & Iacodum Curtium tom. 1. conjectur. lib. 3. c. 7. itemque Theodorum Marcilium hic, p. 436. ubi paulò fusius eâ de re disputat.

Porro cognati ab eo dici putantur, quod quasi unâ communiterve nati, vel ab eodem orti, progenitivè sint, auctore Modestino in dict. l. non facile. 4. §. 1. ff. de gradib. Et cognationis vocabulum hîc generali significatione accipiendum est, ut tam agnatos, quam cognatos, sive tam agnationem, quam cognationem in specie sumptam, complectatur. dict. l. ult. §. 1. & 2. ff. dict. tit. Mynsinger. hic in Rubr. num. 3. Ejusque triplex perhibetur linea seu ordo: superior, qui est parentum: inferior, qui est liberorum: & ex transverso, sive à latere, qui est fratrum sororumvè liberorumque eorum, sive agnatorum & cognatorum. hic & l. 1. princip. ff. eod. tit. Quidam subtilius ita distinguunt: primum, ut duo sint limites sive ordines

cogna-

cognationis; directus & transversus sive obliquus: deinde, ut directus subdividatur in lineas duas, superiorem & inferiorem, *Pau. in l. stemmata. 9. ff. de gradib. & aff. finib. Giphanius hic in verb. quâ in re imprimis, &c.* Verum sive initio cognationem in duos limites, transversum & directum dividas, & directum rursus in duas lineas, superiorem videlicet, & inferiorem subdividas; sive duas hæc divisiones jungas, & tres lineas seu ordines, superiorem, inferiorem, & transversum facias: eodem res recedit. Nam semper verum est, triplicem cognationis esse ordinem: parentum, liberorum, & propinquorum, id est, agnatorum & cognatorum. *Timæus Faber. disp. 21. ad Instit. Imperial. th. 14. Atque de multiplici cognationis divisione consulatur Ambrosius Schurerius in tr. de hereditatibus. quæ ab intest. defer. in explicat. de gradibus consanguinitatis, &c. loc. 4. pag. 455. & seqq.*

I 1 Cæterum directum limitem incipere à primo gradu, in quo est pater & filius; transversum à secundo, in quo est frater & soror, *Cajus in d. l. 1. §. 1. ff. de gradib. & aff. finib.* asserit: Justinianus hæc confirmat. Ratio hujus differentiae inter directum & transversum limitem, est illa: quoniam (ut superius dictum num. 6.) gradus nihil est aliud, quàm generatio: sive quia gradus ex generatione oritur. Inter fratres autem & sorores cum non sit generatio (non siquidem frater fratrem progenerat) nec gradus esse potest. Itaque ut in transverso limite reperitur gradus: inquirenda est generatio, hoc est, ascendendum est ad eos, à quibus fratres sunt generati: ut sunt pater & mater, qui in primo constituti sunt gradu: unde statim ad fratrem & sororem pervenitur, secundusque gradus efficitur, *d. l. ultim. §. nam. quotiens. 9. in fine. ff. de gradibus. & aff. finib.* Videatur Franciscus Hotoman. hic, enunc. 3. & planius explicabitur in dict. §. hæcenus. 7. infr. hoc t.

§. Primo gradu. 1. cum aliquot sequentib.

§. 1. Primo gradu est suprâ, pater, mater: infrâ, filius, filia.

§. 2. Secundo gradu suprâ, avus, avia: infrâ, nepos, neptis: ex transverso, frater, soror.

§. 3. Tertio gradu suprâ, proavus, proavia: infrâ, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris sororisque filius, filia; & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui Græcè πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur: & uterque promiscuè θεία appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατράδελφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητράδελφη dicitur: & utraque promiscuè θεία appellatur.

§. 4. Quarto gradu suprâ, abavus, abavia: infrâ, abnepos, abneptis: ex transverso, fratris sororisque nepos, neptisvè: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus, & matertera magna, id est, avia frater & soror: consobrinus, & consobrina, id est, qui quævè ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patruales vocari. Si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patruales appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii, consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

§. 5. Quinto gradu suprâ, atavus, atavia: infrâ, atnepos, atneptis: ex transverso, fratris soror-

isque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror, & proavunculus & promatertera, id est, proavia frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrina, amitini & amitina filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patru magni, amita magnæ, avunculi magni, matertera magnæ filius, filia.

§. 6. Sexto gradu sunt suprâ, tritavus, tritavia: infrâ, trinepos, trineptis: ex transverso, fratris sororisque, abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavifrater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abavia frater & soror: item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrina, amitini, amitina, nepos, neptis: item propatruus, proamita, proavunculi, promatertera filius, filia: item sobrini, sobrina, id est, qui quævè ex fratribus vel sororibus, patruelibus vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

S U M M A R I A.

- 1 Pater quis, & unde dicatur; quæ item mater, & una.
- 2 Patris & matris appellatione quando avus & avia contineantur.
- 3 Filius quis, & unde vocetur.
- 4 Filii nomen interdum latè, quandoque angustè sumitur.
- 5 Primo cognationis gradu quot persona contineantur.
- 6 Secundus gradus quot complectatur personas.
- 7 Soror appellatione fratris quatenus veniat.
- 8 Appellatione sororis nunquam includitur frater: & cur.
- 9 Exemplo pessimum est, fæminino sermone masculos contineri.
- 10 lus defensionis & imperium domesticum ad masculos pertinet.
- 11 Masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior.
- 12 Tertius cognationis gradus quot personas comprehendat.
- 13 Avunculus unde derivetur.
- 14 Amita unde dicatur.
- 15 Matertera unde.
- 16 Patruus unde.
- 17 θεία & avunculum & patruum promiscuè significat.
- 18 In quarto gradu quot persona numerentur.
- 19 An appellatione patruus veniat patruus magnus.
- 20 Qui patruales, consobrini, itemq; amitini dicantur.
- 21 Quinto gradu quot contineantur persona.
- 22 In sexto gradu quot persona reperiantur.
- 23 Tritavus unde sit dictus.
- 24 Septimus gradus quot personas complectatur.

Pater & mater (dicti à vocibus, quas primas infantes **1** edunt *Pa* & *Ma*, priore viros, alterâ mulieres omnes consalutare soliti, auctore Jacobo Curtio, tom. 1. conjecturar. cap. 47) in cognationis lineâ superiore, filius & filia in inferiore primum gradum obtinent. *l. ult. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & aff. finib.* Pater est, qui aliquem genuit: mater est, quæ peperit. Hæc certissima est: ille incertissimus; & is dicitur, quem justæ nuptiæ designant. *l. quia semper. 5. ff. de in jus vocando.* Patris autem nomine demonstrari quoque avum, à Juliano responsum est, *l. justa. 201. ff. de verborum significatione.* Quod tamen in his maximè procedit, quæ benignè accipienda, & interpretatione adjuvanda sunt. Nam quoties de odio tractatur: appellatione patris & matris, avus & avia non continentur. *l. lege Julia. 44. §. 1. ff. de ritu nupt. l. patri. 20. ff. ad legem Juliam de adult. & refert ex Bartolo & Baldo Mynsingerus hic num. 1. in §. 1.* Avum Festus ait dictum vel ductum, à Græcâ vocè παππός, quæ significat avum sive paternum vel maternum: vel, quòd ad duos attineat, quasi ad avum, vel quia ad patrem sit additus. *Isidorus lib. 8. orig. 5.* avum dictum scribit ab ævo, id est, antiquitate: quem refert Bachovius hic num. 1. pag. 674. Filius (δωτόφιλος dictus, vel à **3** Græco vocabulo υἱός: aspiratione in digamma, quod Latino

- Latino simile, conversâ, *lac. Curt. loco praallegato*) est, de finitore *Ulpiano*, qui ex viro & uxore ejus nascitur. *l. filium. 6. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*, vel jure filii loco adoptatur. *l. 1. l. cum nepos. 6. l. adoptiones. 43. ff. de adoptionib.* Et filii quoque nomen in jure nunc latius patet, & non solum filium, sed etiam nepotem per interpretationem comprehendit; nunc angustius de filio tantum dicitur. *dict. l. iusta. 201. § l. filii. 84. ff. de verborum signification. ibidemque eleganter Alciatus, Fornerius, Brecheus, & Gœddæus. num. 2. aliqui nonnulli ab hoc allegati.* Primo igitur cognationis gradu quatuor personæ, nomine differentes, continentur: sursum versus duæ: pater & mater: deorsum versus itidem duæ: filius & filia. Qui tametsi plures esse possunt: numerum tamen graduum non augent: cum inter se non differant: adeoque pro uno eodemque computentur. *d. l. ult. § primo gradu. 12. ff. de gradibus. & affinibus.*
- Secundo gradu cognationis duodecim comprehenduntur personæ: duplicatis nimirum personis, *hic in §. 2. enumeratis.* Duo namque avi sunt, & duæ avia, à patre scilicet & matre: nepos item ac neptis, tam ex filio, quam ex filia: frater denique & soror, tam ex patre, quam ex matre. *d. l. ult. § secundo gradu. 13. ff. de gradibus. & affinibus.* Unde colligendum videtur: ex significationis proprietate, sororem appellatione fratris non venire: nisi eadem sublit ratio. *l. tres fratres. 35. ff. de pactis. l. si ita sit scriptum. 45. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 1. n. 2. ff. de verb. significat.* Econtra verò appellatione sororis nunquam includitur frater, etiam si eadem ratio subesset: quoniam certum est, quod fœmininâ appellatione nunquam sexus masculinus, neque sermonis proprietate, neque interpretationis beneficio, contineatur. *l. servu legatis. 81. in princ. vers. ancillis. ff. de legat. 3. d. l. si ita sit scriptum. 45. ff. de legat. 2.* ubi hujus rationem Pomponius illam assignat: quod exemplo pessimum sit, fœminino vocabulo sive sermone etiam masculos contineri. Cur exemplo pessimum sit, ratio non una est: tum quia veteres soliti fuerunt per exprobrationem & irrisionem fœmineo nomine appellare eos, qui imbecilles, molliculi & effœminati erant. *Alciat. lib. 2. parerg. cap. 48. Tiraquell. ad leg. 1. Connubialem. gloss. 1. part. 1. num. 89. ubi id fusiùs declarat.* Tum quia jus defensionis, & imperium domesticum ad masculos spectat. *l. 2. ff. de injuriis.* Tum etiam, quia masculinus sexus in omni rerum genere est principium & creatura perfectior. At sit fœmininæ appellationi, ut masculos comprehenderet, tribueretur: utique indigniori & imperfectiori tribueretur id, quod *κατ' ἐξοχήν* digniori, excellentiori & perfectiori deberetur: imò fœmina masculi principium, caput & tutrix, contra omnem rationem politicam, æconomicam & physicam, constitueretur. Quod cum exemplo sit pessimum, & ipsâ re turpissimum apud mulieres, nimium maritalia imperia affectantes: meritò placuit, nequaquam fœminei sexûs appellationem ad masculum extendere: id quod pluribus exponit Gœddæus in *Commentar. ad l. 1. ff. de verbor. significat. num. 63. & subsequentibus.*
- Tertium cognationis gradum, supra quidem proavus; infra, pronepos; à latere verò fratris filius, patruus, avunculus, amita, & matertera obtinent. *§. 3. hoc tit. l. 1. §. tertio gradu. 5. ff. de gradibus. & affinibus.* Tertius autem iste gradus complectitur personas triginta duas; sedecim rectas, totidemque transversas. Sunt enim supra proavi quatuor: pater avi paterni, pater avia paternæ, pater avi materni, pater avia maternæ: totque sunt proavia. Infra pronepotes sunt quatuor: filius agnati nepotis, filius agnatæ neptis, filius cognati nepotis, filius cognatæ neptis: totque sunt pronepotes. Ex transverso filii & filia fratris & sororis sunt octo: natus & nata ex consanguineo, natus & nata ex consanguineâ, natus & nata ex uterino, natus & nata ex uterinâ: duo sunt patruus; fratris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ amita; patris soror consanguinea, & soror uterina: duo avunculi; matris frater consanguineus, & frater uterinus: duæ matertera; matris soror consanguinea, & soror uterina. *d. l. ult. §. tertio gradu. 14. ff. de gradibus. & affinibus. & notat. Mynfingerus. in d. §. 3. hoc tit. num. 1.* Avunculus porro ma-

tris mea frater, traxit appellationem ab eo, quod æque tertius à me, ut avus est, sed non ejusdem juris: Ideoque vocabulo facta deminutio: sive avunculus appellatur, quod avi locum obtineat, & proximitate tueatur sororis filium; quasi minor avus: ut, post Festum tradit Bachovius *hic num. 1. pag. 675.* Amita, patris mei soror (quia similiter tertia à me est, atque avia videri potest) dicta ex eo, quod ab antiquioribus avita sit vocitata: sive amita dicta est, quia à patre meo amata est. Nam plus sorores à fratribus, quam fratres, diligi solent: videlicet propter dissimilitudinem personarum: quæ ideo minus habent defensionis, quò minus æmulationis. Cæterum matertera¹⁵ matris soror, dicta est quasi mater altera, vel quia matris loco est; uti annotarunt post Festum, Bachovius *hic num. 2.* Hotomanus *enunciat. 4.* hujusque nomine impudenter (ut ferè aliàs semper) suppresso. Tuningius *pag. 499. & Jacobus Curtius d. tom. 1. Conjecturar. lib. 2. cap. 47.* Denique patruus, frater patris, ex eo vocatus est, ¹⁶ quod patris loco sit. Vocula autem illa (*ἄνδρα*) cujus *in d. 17 §. 3. hoc tit.* fit mentio, cum simpliciter ponitur: promiscuè vel de avunculo, vel patruo intelligi potest *l. cum quis. 37. §. codicillis. 5. ff. de legat. 3.* Itaque Græci ut hanc dubitationem tollant, aliquam notam addere solent: ut apud Aeschinem in quadam ad Ctesiphontem epistolâ est, *ὁ ἐκ πατρὸς ἄνδρα*, ut significetur avunculus. Apud Lucianum in Somnio itidem est *πατρὸς ἄνδρα*. Sed & Justinianus Imp. sæpenumero isthac voculâ utitur in novella sua constitutione. *118. cap. 3.* ut refert Balduinus, ejusque mentione dissimulatâ (ut & in plerisque locis aliis) Mynfingerus *in d. §. 3. hoc tit. num. 2.* Sanè & M. T. Cicero *lib. 2. Epistol. ad T. Pomponium Atticum. epist. 17.* hoc nomine notat patruum, eumque minimè indulgentem. Sic enim loquitur: Attico commendans fratris sui Quinti filium: *Cura, amabo te, Ciceronem nostrum: ei no s' ἄνδρα videmur*: hoc est, nos illi videmur nimium patruus: non fert severitatem nostræ disciplinæ; propterea que nos fugit. *Balduin. d. loco.*

Quartum cognationis gradum supra abavus; infra ab-¹⁸ nepos; à latere sive ex transverso fratris sororisque nepos: item patruus & avunculus magni, amita & matertera magnæ obtinent. *§. 4. hoc tit. d. l. §. quarto gradu. 6. ff. de gradibus. & affinibus.* Cæterum in isto quarto gradu numerantur personæ octoginta, nempe triginta duæ rectæ, de quibus *in l. fin. §. quarto gradu, 15. in princ. ff. d. tit.* utriusque avi fratres quatuor, qui patruus magni: & tot sorores, quæ amita magnæ: utriusque avia quatuor fratres, qui avunculi magni: totidem sorores, quæ matertera magnæ nominantur. *d. l. fin. §. 15. vers. patruus. & vers. amita, &c.* consobrini sedecim; itemque sedecim fratris atque sororis nepotes ac neptes. *d. §. 15. vers. eodem gradu. & vers. fratris, &c.* Num patruus magnus¹⁹ veniat appellatione patruus, ambigitur? Sed probabilius est, ex propriâ verbi significatione non venire: sed tantum per interpretationem, *arg. d. l. iusta. 201. ff. de verb. significat.* Ejusque hæc redditur ratio: quia ubi nomen cum adjuncto profertur, putà patruus magnus: dictio illa adjuncta (*magnus*) improprietatem denotat: ut & graduum diversitatem. Patruus namque in tertio gradu est: patruus magnus est in quarto. *§. 3. & 4. hoc tit.* Adde, quod verba plerumque in priori significatu accipiuntur, non in posteriore, *argumento l. qui liber. 8. §. hac verba. 1. ff. de vulgari & pupill. substit.* Et ita sentiunt Lortotus *in d. l. fin. §. quarto gradu. 15. ff. de gradibus. & affinibus.* eumque laudans Mynfingerus *in d. §. 4. hoc tit. num. 2.* Porro qui²⁰ duobus ex fratribus nascuntur, patruus: qui duabus ex sororibus, consobrini: qui ex fratre & sorore, amitini inter se propriè nominantur: quamvis plerique nomine generali hos omnes consobrinos vocent. *d. §. 4. hoc tit. d. l. 1. §. quarto gradu. 6. & l. ult. §. quarto gradu. 15. vers. eodem gradu. &c. ff. de gradibus. & affinibus.* Quod autem Paulus *in d. §. 15. vers. fratris autem mei, &c.* fratrum sororumque nepotes neptesvè consobrinos appellat: levi quadam sit abusione: ut, qui verè inter se sobrini sunt, dicantur simul consobrini: sicuti, si qui inter se fratres sunt, se confratres vocitarent. Tuningius *hic in d. §. ibidemque Hotoman. enunciat. 3.*

21 Quintum gradum cognationis suprâ, atavus; infrâ, atnepos; à latere, fratris pronepos, propatruus, propior sobrino, patruique magni filius occupant. *dict. l. 1. §. quinto gradu. 7. & d. l. ult. §. quinto gradu. 16. ff. de gradib. & affinib. §. 5. hoc tit.* Etsi verò hoc quinto gradu, juxta *Halvandi lectionem*, centum octoginta quatuor duntaxat personæ continentur: attamen ex ipsa dinumeratione centum & nonaginta duas esse constat. Numerantur enim triginta duo atavi & atavia; tot atnepotes & atneptes: tot propatruui, proamita, proavunculi, promatertæ: tot propiores sobrini sobrinaque: tot consobrinorum consobrinarumque filii & filia: tot fratris & sororis pronepotes. & proneptes. *d. l. ult. §. 16. & post Eguinarium Baronem notat Mynsingerus in d. §. 5. hoc tit. n. 1.*

22 Sextum cognationis gradum suprâ, tritavus; infrâ, trinepos; à latere, fratris abnepos, abpatruus, consobrinorumque nepos, sobrinus, propatruique filius obtinent. *§. 6. hoc tit. l. 3. & d. l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. de gradib. & affinib.* In eo autem gradu, secundum Pauli dinumerationem, numerantur personæ quadringentæ quadraginta octo: nempe tritavi & tritavia sexaginta quatuor: tot trinepotes & trineptes: tot abpatruui, abamita, abavunculi, abmatertæ, tot sobrini & sobrina: tot propiorum sobrinorum sobrinarumque filii & filia: tot fratris & sororis abnepotes & abneptes. *d. l. ult. §. sexto gradu. 17. ff. d. tit.*

23 Porro tritavus dicitur, quasi tertii avi avus: quoniam avus est abavi, qui patris tertius avus est: sicut trinepos, tertii nepotis, nimirum abnepotis nepos, docente Mynsingero *in d. §. 6. hoc tit. num. 2.* Præterea Julius Paulus etiam septimum gradum subjungit: in eoque mille viginti quatuor personas reperiri ostendit, ut videre est ex sepe allegatâ *l. ult. §. septimo gradu 18. ff. de gradib. & affinib.* Cæterum de cognatorum ordinibus latius disserit Joannes Bechstadius *in collatione jurium conubialium cap. 6. pag. 25. & seqq.*

§. Haftenus. 7.

Haftenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longè facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quàm propriâ cognationis appellatione quenquam denotare.

S U M M A R I A.

- 1 Quot gradus Justinianus hic recenset.
- 2 Quare non plures, quàm septem, inveniantur cognationis gradus.
- 3 Sensus *l. octavi 9. ff. unde cognati.*
- 4 Quæ sit vera dinumerandorum graduum ratio.
- 5 Tot sunt gradus cognationum, quot sunt generationes.
- 6 In descendantibus quomodo gradus inquirentur.
- 7 Quomodo item in ascendentibus.
- 8 Qualis tenenda graduum computatio in transversalibus.
- 9 Patruus quoto gradu sit conjunctus.
- 10 Item avunculus.

1 Quamquam sex tantum gradus, eorumque nomina Justinianus hoc titulo exponat: Cajus tamen *in l. 3. §. 1. & Paulus in l. ult. §. septimo gradu. 18. de gradib. & affinib.* septimi etiam gradus meminit, ejusque personas mille viginti quatuor recenset, ut jam monuimus suprâ in fine §. proximi. Ratio, cur sex tantum hic ponantur gradus, hæc est: quia ulterius nomina non reperiuntur, attestante Paulo *lib. 4. sentent. tit. 11. §. ult.* Unde fit, quod & septimi gradus personæ nullum proprium habeant nomen. Nam ultra tritavum, qui in sexto gradu est, parentes speciale nomen non habent, sed majores; ut & liberi ultra trinepotem, posteriores appellantur: à latere verò qui post sobrinos reperiuntur, sobrino nati vocantur. *dict. l. ult. §. parentes. 7. & §. septimo gradu. 18. vers. his personis, &c. ff. de gradib. §. fin. supr. tit. proximo.* Et sanè haud plures, quàm septem, inveniantur co-

gnationis gradus: Ejusque ratio est: quia ultra septimum ferè gradum, rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur, inquit *Modestinus in lege. non facile. 4. ff. de gradibus & affin.* Nec refragatur *l. octavi. 9. ff. unde cognati.* ubi etiam octavi gradus fit mentio. Dicendum enim, quod ad jus cognationis sive sanguinis, id est, cognationem naturalem, non facile quem excedere gradum septimum: quod verò ad agnatos, sive jus agnationis, id in infinitum; etiam in vigesimum gradum porrigi. Ratio differentia inter agnationem & cognationem jam suprâ, *dict. §. fin. titulo precedente*, exposita hæc est: quia cognatio est naturalis: agnatio civilis. At naturâ jus sanguinis paulatim minuitur, & circa septimum gradum extinguui videtur. *d. l. 4. ff. de gradibus & affinibus.*

Imprimis autem vera dinumerandorum graduum ratio hic notanda est, quam Imperator noster Justinianus insigni hac regulâ declarat: *semper generatam personam gradum adjicere: † sive, tot esse gradus cognationum, quot sunt generationes.* Cujus regulæ ratio, cur, inquam, generatio spectetur, est hæc: quia in gradibus cognationis potissimum natura inspicitur, ac proinde generatio quoque, utpote naturalis, tradente *Giph. hic in verb. quippe semper generata &c.* Et ex unâ hac solâque regulâ Justinianicâ (*repudiatis insulis, minusque necessariis Doctorum regulis*) omnis cognatio judicari sine negotio potest: idque in descendantibus & ascendentibus plusquam manifestum est. Verbi gratia: Si scire volo, filius quoto mihi sit conjunctus gradu? ita dicendum erit: Ego filium genui, est una generatio, quæ unum gradum constituit: Primo igitur gradu mihi conjungitur. *§. 1. supr. hoc tit. l. 1. §. primo gradu. 3. & l. jurisconsult. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinib.* Nepos quoto? Ego filium genui, & filius nepotem. En duæ hic generationes sunt, quæ duos gradus conficiunt. Ergo nepos secundo mihi gradu conjungitur. *§. 2. suprâ hoc tit. d. l. 1. §. secundo. 4. & d. l. jurisconsultus. 10. §. secundo gradu. 13. in fin. ff. eod.* Pronepos quoto? Ego filium genui: filius genuit nepotem: & nepos pronepotem. Ecce tres generationes faciunt tres gradus. Atque ideo pronepos mihi tertio gradu est. *§. 3. supr. hoc tit. d. l. 1. §. tertio. 5. & d. l. 10. §. tertio gradu. 14. in fin. ff. d. t.* Abnepos quoto? Ego genui filium: filius nepotem genuit: nepos pronepotem, & pronepos abnepotem. Hic quatuor intercedunt generationes. Ergo quatuor sunt gradus: & sic quarto gradu mihi est conjunctus abnepos. *§. quarto. 4. supr. hoc tit. d. l. 1. §. quarto. 6. ff. eod.*

Sed & de ascendentibus videamus. Si quæsierò, pater quoto mihi sit gradu? Pater me genuit. Ecce una generatio. Ergo unus gradus. Atque ita primo mihi pater est gradu. *d. §. 1. supr. hoc tit. d. l. 1. §. 3. & d. l. jurisconsultus. 10. §. primo gradu. 12. ff. de gradib. & affinib.* Avus quoto? Me genuit pater: patrem genuit avus. En duæ generationes duos gradus producunt. Ac idcirco avus mihi secundo gradu est. *d. §. 2. suprâ hoc tit. d. l. 1. §. 4. & d. l. 10. §. secundo. 13. ff. eod.* Proavus quoto? Me genuit pater: patrem avus: avum proavus. Ecce tres generationes, tres constituunt gradus. Et propterea proavus à me tertio distat gradu. *d. §. 3. suprâ hoc tit. d. l. 1. §. 5. eod. & d. l. 10. §. tertio. 14. ff. eod.* Idem in cæteris ascendentibus obtinet. Et in his, & descendantibus simplex facilisque est graduum cognitio & computatio. *l. 3. §. ult. ff. de gradibus & affinibus.*

In transversalibus sive collateralibus dinumeratio est perplexior, & non tam faciles inventu sunt gradus. Neque enim protinus ad personam, quæ à latere est, recurri debet: sed prius sursum versus ascendi oportet, donec ad eum, qui à latere venienti cognationis causam præstitit, pervenerimus: quo reperto, deorsum descendendum est ad personam, de quâ ex transverso quæritur. Et ita omnes, quæ occurrerint tam in ascensu, quàm descensu, generationes numerandæ sunt: atque ita ratio ineunda, ut singulis generationibus suus gradus attribuat. *Exempli gratiâ: si quærat, quoto gradu tibi sit frater? Ascende ad patrem, qui te genuit. Ecce una generatio unum gradum facit. Deinde invento eo, qui cognationis causa & origo est, descen-*

descende ad fratrem, adjectâ ibi secundâ generatione. Ecce duæ generationes duos gradus adferunt. Ergo frater tuus tibi secundo gradu conjungitur. *d. §. 2. supr. hoc tit. d. l. 1. §. 4. & l. Iurisconsultus. 10. §. nam quotiens. 9.*

9 *vers. idem faciendum. ff. de gradib. & affinib.* Rursus si ex te quis quærat: patruus tuus quoto tibi gradu sit? Dic tertio. Et iterum necesse tibi est, ut ad patrem sursum tendas, & generationes numeres; ita nimirum: Pater me genuit: est una generatio. Ergo unus gradus. Patrem genuit avus: est secunda generatio: proindeq; secundus gradus. Idem ille avus progeniuit patruum meum: est tertia generatio: ac consequenter tertius gradus. Sic igitur patruus mihi tertio gradu est. *d. §. 3. suprâ hoc tit. d. l. 1. §. tertio gradu. 5. & d. l. Iurisconsultus. 10. §. tertio gradu. 14. vers. patruus. ff. eod. tit.* Similiter cum in quæstionem vocatur: quoto gradu à te distet avunculus? generationes numerandæ sunt hunc in modum: Te peperit mater: est una generatio. Ergo unus gradus. Matrem genuit avus maternus: est generatio secunda: ideòque secundus gradus, idem ille avus maternus genuit avunculum: est tertia generatio. Ergo tertius gradus. Atque ita avunculus à te tertio gradu distat, *iuribus modò allegatis.* Sic si quærat: quoto gradu à me distet patruelis meus: vel duo patruelis quoto à se invicem gradu distent? ascendendum erit ad communem originem & stipitem utriusque, in quo concurrunt: qui est avus utriusque patruelis. Pater igitur genuit me filium; quæ est prima generatio. Ergo est hic primus gradus. Patrem meum genuit avus, quæ est secunda generatio. Ergo hic secundus gradus. Avus hic, quia est communis origo & stirps, in quâ concurrunt mea & patruelis, seu utriusque patruelis cognatio, indicat, non ulterius ascendendum, sed ad latus declinandum. Avus igitur hic genuit patruum meum, quæ est tertia generatio. Itaque & hic patruus in tertio gradu mihi erit. Patruus verò meus genuit filium, qui mihi patruelis: quæ est quarta generatio. Ergo & patruelis meus mihi in gradu quarto erit. *§. 4. suprâ hoc tit. d. l. Iurisconsultus. 10. §. quarto gradu. 15. ff. de grad. & affinib.* Et ad eundem modum procedendum erit, quotiescunq; de gradu alicujus quæstio incidit: & quot generationes inveniuntur: tot erunt gradus. Atque hanc veram & commodissimam dinumerandorum graduum rationem ac viam, ex eadem Divi Justiniani regulâ petitam, sequuntur probantque *Theophilus suprâ in principio tit. de legitimâ agnat. success. Constantin. Harmenop. lib. 4. Epitom. jur. tit. 6. Theodor. Beza in Tract. de repudiis & divort. Balthas. Mentzer. in tract. de conjug. pag. 27. & seq. Chunradus Wolfius hic in suis erotemat. Iohan. Borcholt. hic, & idem in Comment. de feud. c. 7. in secundo modo acquirendi feudi. n. 86. & in tract. de gradib. pag. 5. & sequent. Adamus Kellierus in tr. de jure succedendi ab intest. tit. 4. n. 3. Hotom. in tr. de gradib. & affinib. aliq; recentiores Interp. pleriq;.* Quibus addendi sunt Johannes Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 7. num. 31. Valent. Arithmæus in peric. secund. disput. 1. Quirin. Kubach cent. 3. quæst. illustr. politico-juridicar. decur. quæst. 4. pag. 613. cum seqq. & Hunnius l. 1. var. resolut. jur. civ. tract. 3. quæst. 20. pag. 177. & seqq. qui copiosè admodum demonstrant, quòd graduum cognationis supputatio civilis, præferri canonicæ supputationi debeat. Sed & sacris in literis posterius per generationes descendendo numerantur, uti constat ex *Matth. c. 1. v. 17. & seqq. 1. Chron. cap. 6. per tot. cap. 9. v. 38. cum seqq. & alibi passim. Althus. d. cap. 7. n. 31. in fine.* Atque de graduum computatione vide plura novissimè adferentem *Bechstadium in collat. jurium connubial. c. 2. pag. 45. & seqq. itemque Georg. Schultz. in expositione arboris consanguinitatis & affinitatis. cap. 2. 3. & 4. nec non D. Besoldum in compendio juris privati, dissertat. 1. cap. 3. th. 19. cum seqq. pag. 61. & seqq.*

§. Agnationis. 8. cum §. seq.

§. 8. Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.

§. 9. Sed cum magis veritas oculatâ fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo

necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam præsentis libro inscribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

S U M M A R I A.

- 1 Agnationis & cognationis gradus eodem ductu inquirendi.
- 2 Quæ sit inter agnatos & cognatos hic notanda differentia.
- 3 Rei cujusq; cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium, percipitur.
- 4 Ocularis inspectio quid operetur.
- 5 Quæ videntur, magis nos movent, quam quæ audiuntur.

Agnationis gradus eodem modo, quo cognationis, numerandi & inquirendi sunt: nimirum per tres lineas; superiorem, inferiorem, & transversam, & per gradus suprâ ordine expositos: siquidem & agnati sunt cognati, generaliter verbo cognatorum accepto. *l. ult. §. cognati. 2. ff. de gradib. & affinib. l. penult. ff. unde legitimi.* Sed & quo ductu agnatorum, id est, eorum, qui per virilem sexum nobis conjunguntur, gradus inquirentur: eodem quoque & cognatorum, qui scilicet à fœminino sexu ducunt originem, inquirendi sunt gradus, *argum. hujus §. 8.* Itaque filius emancipatus, qui agnatus non est, perinde in primo gradu collocatur, ac filius in potestate positus: & uterinus frater, qui tantum cognatus est, ita in secundo gradu numeratur, atque frater consanguineus, qui est agnatus: & sic deinceps, *docente Mynsingero.* Est tamen differentia hic inter agnatos & cognatos observanda: quòd in cognatis semper generatio efficit gradum, id est, natura & sanguis; in agnatis, quia agnatio est civilis, sæpè gradum efficit non generatio, sed adoptio. Verum adoptio unum tantum gradum efficit filii, & deinceps nepotis, &c. Nemo siquidem in fratrem aut patrem adoptare potest, *ut rectè hic tradit Giphanius.* Enimverò cum adoptio naturam imitetur, *§. minorem. 4. supr. de adopt.* per adoptionem (nempe cognationem legitimam) cognatus iisdem fit aliquis, quibus fit agnatus. *l. qui in adoptionem. 23. ff. d. tit. l. si qua mihi. 12. §. ult. ff. de rit. nupt. l. 1. §. cognationem. 4. ff. unde cognati. Rittershus. in hoc tit. pag. 364.*

Tandem in §. 9. ait Justinianus, se hoc loco figuram sive arborem & tabulam (quæ jam pridem intercidit, teste *Balduino hic*) cognationis subicere: propterea quòd veritas magis oculatâ fide, quam per aures animis hominum infigatur, hoc est, quòd rei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur, juxta illud *Horatii in arte Poetica:*

*Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quàm quæ sunt oculis subiecta fidelibus, & quæ
Ipse sibi tradit spectator.*

Eodemque pertinet, quod ait Plautus in *Truculento, act. 2. Scen. 6.*

*Pluris est oculatus testis unus, quàm auriti decem.
Qui audiunt, audita dicunt: qui vident, planè
sciunt.*

Et *Herodotus lib. 1.* magis, inquit, incredulæ sunt hominibus aures, quàm oculi. Ideòque homines semper amplius oculis, quàm auribus credunt, *juxta Senecam epist. 6.* Unde Doctores nostri concludunt: evidentiam rei seu

ocularem inspectionem operari firmum judicium in judicando. *l. 2. in fine. ff. de feriis. & l. si irrupt. 8. in fine. ff. fin. regundor. & prævalere cuicunque probationi, admittique, etiamsi omnis alia probatio exclusa sit, Alexand. consil. 145. vol. 1. & consil. 85. itemque consil. 124. vol. 2. Matthæus de Afflict. in constitut. Neapol. Rubr. 21. num. 17. lib. 1. hosque referens Ioannes Borcholt. hic circa finem. Tiracuell. de retraiet. lign. §. 4. gl. 1. num. 36. Petrus de Ran. singul. 521. hosque cum aliis allegans Ioannes Baptista Costa, tom. 1. tractat. de remediis subsidiar. remed. 101. fol. 165. Ratio autem, cur rei cujusque cognitio certius oculorum sensu, quàm auribus percipitur, hæc assignari poterit: quia quæ videntur, ideo magis nos afficiunt, quia sunt in propinquo: quæ audiuntur, contrà absunt ferè, atq; ideo non ita movent, *tradente Gerardo Tuningio hic in fine.**

DE SERVILI CO-
GNATIONE.

TIT. VII.

Principium Tituli.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere. Nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatûs fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus: ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis muliere: vel contra, serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos, cujuscunque sexûs: & ad libertatem his pervenientibus, ii, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint; vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint: ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatûs jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus; ex illâ lege specialiter eos vocantes: sive soli inveniantur, qui in servitute nati, & postea manumissi sunt: sive unâ cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.

SUMMARI A.

- 1 Ordinis ratio.
- 2 Hic titulus, secundum quosdam, est appendix tituli proxime præcedentis.
- 3 An aliqua sit cognatio servilis.
- 4 Servus nemini succedit.
- 5 Cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successione non item.
- 6 Quo jure servi pro nullis habeantur.
- 7 Justiniani lege nati ex servili cognatione, tum ad paternam, tum fraternam successionem vocantur.

- 1 Dixit Imp. Justinianus *suprà tit. 5. de cognatione*, seu successione cognatorum. Quia verò, naturali jure inspecto, etiam inter servos est cognatio, & dubitari posset, an inter eos esset successio: ideo hoc titulo (quem non novum esse titulum, sed partem & appendicem tituli proximi præcedentis, censent Theophilus & Harmenop. in *Epit. lib. 2. itemq. neoterici Interpretes non pauci: Cujacius, Giphanius, Ludovicus Russardus, Hotomanus, Balduinus, Baro, Wesenbec. Borcholt. Rittershusius, Tuningius, & Anton. Matthæus Hoë*: tamen contrarium non infimi subsellii Viris, magis placeat, *veluti Mynsingero, Vultejo, Thadao Pisoni, Contio, Bachov. Ostermanno, & aliis communiter*) de servili cognatione, id est, eâ, quæ in servitute fuit contracta, agere voluit. In servilibus autem cognationibus edictum Prætoris, quod proximioribus cognatis defuncti bonorum possessionem concedit, locum non habet. Hujusque ratio hîc subjungitur: quia nec ullâ antiquâ lege talis cognatio computabatur. Et (*ut Ulpianus ait*) quia nulla servilis videtur esse cognatio, *l. 1. §. 2. ff. Unde cognati. & in fragment. tit. 12. Et Paulus in l. ult. §. non parcimus. 5. ff. de gradibus & affinis. Ad leges, inquit, serviles cognationes non pertinent. Quare neque servus ulli succedit, neque ullus servo, l. servus.*

4. C. communia de successione. Enimverò quoad nuptias est aliqua cognatio servilis, eaque in illis attenditur, §. *illud certum. 10. ff. de nupt.* Ratio differentia, cur in nuptiis servilis cognatio spectetur, in successione civilis, est in *l. ad privus. 14. §. 2. ff. de ritu nuptiar. gloss. in l. 1. super verb. civitatis. ff. de acquir. rer. domin.* Servi autem jure quidem civili, ut & Prætorio, pro nullis habentur: non verò jure naturali. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur. l. 1. ff. de jure deliber. l. nullo. 7. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Sed Justinianus, humanitate suggerente, constitutione quadam iis, qui ex servis nati essent, potestatem fecit: ut si, manumissis parentibus, ipsi quoque manumissi essent superstitibus, jus obtinendæ hereditatis tum paternæ, tum etiam fraternæ aut sororis haberent, non minùs, ac ii, qui ex justis nuptiis sunt suscepti. Ceterum isthæc Justiniani constitutio, *cujus hîc, & infr. §. sed non infra. 3. tit. sequent. meminit.* desideratur in *Cod. sub tit. de bonis libertor. & jure patronat.* Eam tamen in Basilicis invenit, & cum Latine, tum Græcè edidit Jacobus Cujacius *lib. 20. observat. c. 34.* & in Corpore Dionysii Gothofredi est *l. 4. §. illud 10. C. d. tit.* Porro Cujacius hîc in suis *Notis* censet in fine hujus principii ita legendum: *sive ex eodem patre, vel eadem matre, sive ex aliis qualicunque copulatione nati, &c.* ut expungatur verbum *nuptiis*, quod etiam delendum putant Russardus, Contius, Hotomanus, & alii. Verùm vulgatam lectionem rectè defendit, & singulas Cujacii rationes non sine acumine confutat Bachovius *hîc num. 3. pag. 681. & seq. quò industrium Lectorem remitto.*

§. Repetitis. I.

§. I. Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet: non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari, eoque ampliùs, ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorē esse. Cùm enim prima causa sit suorum heredum, & eorum, quos inter suos heredes enumeravimus: apparet, pronepote vel abnepote defuncti potiorē esse, quam fratrem, aut patrem, matremque defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater (ut *suprà* quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non; quod vel emancipatus, vel ex emancipato, aut ex foemineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis heredibus, & quos inter suos heredes vocari diximus: agnatus, qui integrum jus habeat agnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerunque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patru nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totiens igitur dicimus, aut potiorē haberi eum, qui proximiorē gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt: quotiens neque suorum heredum, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt; tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus agnatis.

SUMMARI A.

- 1 Pares in gradu, pariter succedunt.
- 2 Propior gradus, remotiori præfertur.
- 3 Illius regula quæ sint exceptiones.

(H)

4. Hujus

4 Huius item regulae exceptiones quae sunt.

5 Quoties cognati, qui in pari sunt gradu, pariter admittantur; & proximior ulteriorem excludat.

1 **D**uo sunt praecipua in hereditatibus ab intestato axiomata & regulae. Prima est: eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter succedere, §. si plures §. supr. de leg. agn. success. Altera: eum, qui propiore gradu est, potiorum esse, & remotiori praeferi, §. 1. vers. non tamen omnib. & §. proxim. 6. §. jam alleg. tit. Sed utraq; regula suas exceptiones habet. Et prioris quidem exceptiones attingimus §. in §. item vetust. 15. de hered. quae ab intest. defer. & §. ceterum. 3. §. de leg. agn. success. Ut finge: defunctus reliquit patruum, & avunculum. Hic patruus & avunculus in eodem gradu sunt, nempe tertio: non tamen propterea avunculus defuncto succedit, sed patruus solus: quia est agnatus, l. patruo. 7. Cod. de legitimis heredibus. Ita soror & avia in pari sunt gradu, puta secundo: & tamen soror excludit aviam maternam, utpote agnata cognatam, l. in successione. 9. C. eod. t. Sic pater & mater eodem constituti sunt gradu, nimirum primo: sed pater manuifor antepositur matri, sicuti supra est expositum, in §. praefertur. 3. De Senatusconsulto Tertyll. Sunt & alii casus, quibus prior regula limitatur: quos facile est ex superioribus titulis colligere.

4 Alterius autem regulae fallentiae seu exceptiones hic proponuntur duae. Prior est in vers. cum enim prima causa. &c. Ex quo elucet, non semper proximior excludere remotiorum, sed interdum contra fieri, ut remotior sit potior proximiorum. Nam sui heredes licet in remotiore sint gradu: tamen ascendentibus, & ex transverso conjunctis proximioribus anteposuntur. Ut pronepos defuncti, si suus fuerit, licet tertio sit gradu, excludit fratrem defuncti, quamvis sit in secundo: item patrem, quamvis sit in primo: quia neuter est suus. Altera est in vers. amotis quoq; &c. ubi suis deficientibus, agnati etiam remotiores cognatis, quantumvis propinquioribus, praefertuntur. Ut patris nepos, qui quinto gradu est; aut pronepos, qui sexto; avunculo & matertera praeposuntur, etiam si tertium gradum obtineant: quia scilicet illi agnati sunt, avunculus & matertera cognati. Toties igitur cognati, qui in pari gradu sunt, pariter admittuntur, & proximior ulteriorem excludit: quoties neque suus aliquis, aut qui sui vicem tenet, existat; neque etiam agnatus ullus superest, exceptis fratre & sorore emancipatis: qui etsi capite deminuti, hoc est, emancipati sunt, adeoque agnati esse desierunt: tamen ulterioris gradus agnatis ex constitutione Anastasii praefertuntur, §. 1. §. de success. cognator. l. frater. 4. C. de legitima tutel. & l. ult. §. 1. C. de legitimis heredibus. Verum hodie ex jure novissimo, quo agnationis & cognationis jura sunt exaequata, dicendum est: agnatum non amplius praeferi cognato, sed generaliter semperque verum esse & in agnatis & cognatis: priorem in gradu, potiorum esse in successione. Novell. 118.

DE S U C C E S S I O N E L I B E R T O R U M.

TIT. VIII.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberti patronum suum impune testamento praeterire. Nam ita demum lex duodecim tabularum ad hereditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, herede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberti, si is suum heredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et si quidem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

§. 1. Quam de causa postea Praetoris edicto haec juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita te-

stari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret. Et si aut nihil, aut minus parte dimidia reliquerat: dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo heredem relicto filio adoptivo: dabatur aequè patrono contra hunc suum heredem, partis dimidia bonorum possessio. Prodesse autem liberti solebant, ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, & in adoptionem dati: si modò ex aliqua parte scripti heredes erant, aut praeteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Praetoris petierant. Nam exheredati nullo modo repellebant patronum.

§. 2. Postea verò lege Papiam adacta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat; sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat: virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus: perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cum verò duos, duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono. Si tres reliquerat, repellebatur patronus.

§. 3. Sed nostra constitutio, quam, pro omninatione, Graeca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causam definivit: ut, si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiam summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto: tunc patronatus jus (quod erat ex lege duodecim tabularum) integrum reservavit. Cum verò majores centenariis sint, si heredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscunque sexus vel gradus: ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis unam cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint: si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si verò testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos praeterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam (ut antea) sed tertiam partem bonorum liberti consequantur: vel quod deest, eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertave ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, sed ad coheredes eorum hoc onus redundet: multis aliis casibus nobis in praefata constitut. congregatis: quos necessarium esse ad hujusmodi dispositionem juris per-

perspeximus; ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum libertarumvè vocentur, sicut ex eâ constitutione intelligendum est: ut si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum, duarumvè pluriumvè liberi sint: qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem, & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecimus.

§. 4. Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti; simul & Dedititiis & Latinis sublati, cum Latinorum legitimæ successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, & quasi servorum, bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea verò Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris non nominatim exheredati facti, extraneis heredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem Romanum, Latinum verò morientem. Sed nostrâ constitutione propter hujusmodi conditionum vices, & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus: ut omnes liberti civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam abjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 De successione libertorum quatuor diversa jura: & primum quidem est legis XII. tabularum.
- 3 Alterum, est edictum Prætoris.
- 4 Tertium, est legis Papiæ.
- 5 Quartum, est ex constitutione Justiniani.
- 6 Tria olim libertinorum genera: & de quibus libertis hic titulus accipiendus.

1 **E**xpositâ successione ingenuorum, tanquam potiorē & digniore: proximè jam sequitur explicatio de successione libertorum. Etenim de servis hac in parte mone re nihil attinet: quippe cum nec proprii quidquam in vitâ possideant, nec post mortem relinquunt: sed omnia domino acquirant, ut dictum in princ. supr. per quas per son. cuique acquirit. & notat Wesenbec. hic num. 1. De hac autem libertorum successione quatuor diversa hîc referuntur jura. Primum est legis duodecim tabularum, quo patronus ad liberti ab intestato mortui hereditatem tum demum vocabatur, quando suos heredes libertus non reliquerat. In testamento verò patronum impunè præterire, & ab hereditate suâ excludere poterat, Ulpian. in l. 3. ff. de suis & legit. heredib. & in fragment. titul. 27. Giphanius & Vultejus in principio hujus tit. num. 2.

3 Secundum jus, est edictum Prætoris, quo dimidia pars bonorum liberti, si testamento fecisset, si ab intestato decessisset, patrono ob datum grande libertatis be-

neficio deferrebat: nisi libertus reliquisset liberos naturales, id est, ex justis nuptiis procreatos. Hi enim, si in potestate fuerint mortis tempore, si emancipati, repellabant patronum, §. 1. hoc tit. l. 1. & passim. ff. de bonis libertorum. Quinimò liberi naturales, quamvis in servitute suscepti, patronum à successione excludebant, ut ex superioris tituli principio non obscure apparet: & plenius explicat Bachovius hic ad §. 1. pag. 688. & seq.

Tertium jus circa successionem libertorum, est legis Papiæ, quo patronus ex bonis liberti, testatò intestatovè mortui, virilem portionem consequeretur, si libertus sextertium centum millium patrimonium, id est, mille aureos illius ætatis, reliquerat; nec plures, quam unum vel duos liberos habuerat. Sin plures, quam duos reliquerat liberos: patronus omninò repellabatur, §. postea. 2. hoc tit. Plura istius legis capita recenset Justus Lipsius in Commentar. ad lib. 7. Annal. Taciti, & Mynfingerus hic num. 2. & seqq.

Quartum & ultimum jus est ex constitutione (quam hæc tenus desideratam in lucem protulit Cujacius, ut monui sup. initio tit. precedent. n. 7.) Justiniani, qui consideratâ tenuitate & inopiâ suorum temporum, Papiam legem ita moderatus est: ut si libertus minus in bonis habeat centum aureis sui temporis, ei patronus non aliter succedere possit, quam si absque liberis intestatus decesserit. Si verò patrimonium liberti centum aureorum sit, aut eam summam excedat, isque liberos habeat: patronus, tam ex testamento, quam ab intestato, excludatur: liberis non extantibus, patronus ab intestato ad totam hereditatem admittatur. Sin autem libertus non habens liberos, testamentum fecerit: tertiam partem relinquere patrono cogatur: quâ non relictâ, bonorum possessio contra tabulas liberti, ad tertiam istam consequendam, patrono concedatur. Et sanè non solum ipse patronus, qui manumisit libertum; sed post ejus mortem liberi quoque ipsius, nec non cognati & agnati, salvâ tamen semper gradus prærogativâ, ad successionem liberti vocantur. §. sed nostra. 3. h. 1. Hujusque ratio est: quia & hi pro patronis habentur, arg. l. in servitutem. 16. §. ult. & l. seqq. l. quæri. 38. ff. de bonis liberti. l. liberi. 8. ff. de assignand. liberti.

Quia verò olim tria libertinorum genera erant: Dedititii, Latini, & cives Romani: ait Imperator hic in §. finali: quæ de successione libertorum dicta sunt, de civibus tantum Romanis intelligenda esse. Nec mirum cum duo alia genera ab ipso sublata sint: ut hodie libertini non triplicis amplius sint generis, sed unius duntaxat. l. unic. C. de deditit. libert. tollend. & l. unic. C. de Latin. libert. tollend. Eaque de re latius dictum in §. libertinorum. 3. supr. de libertin. & ibi abundè Theophilus.

DE ASSIGNATIONE
LIBERTORUM.

TIT. IX.

In summâ (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum; ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant: tamen liceret parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est: & ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nullâ assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant: sed ita demum pristinum jus recipiant, si is, cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

§. 1. Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio, nepotivè, sed etiam filia, neptivè, assignare permittitur.

§. 2. Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresvè liberos in potestate habet: ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum, libertamvè liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit; num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano, & aliis plerisque visum est.

§. 3. Nec interest, an testamento quis assignet, an sine testamento: sed etiam quibuscunque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso Senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo & Asterio Scapula consulibus.

S U M M A R I A.

- 1 Continuationis ratio.
- 2 Assignatio liberti quid.
- 3 Senatusconsulti Claudiani dua partes.
- 4 Quatenus liberi ipso jure pro patronis habeantur.
- 5 Quibus liberis assignari libertus libertavè possit.
- 6 Quæ rectè constiterunt, extinguuntur postea, si eum in casum incidant, à quo incipere non potuerunt.
- 7 Mens & expositio l. utrùm ei. 9. ff. de assignandis lib.
- 8 Sæpè per alium quis habet, quod per se habere nequit: & quâ formâ assignatio fiat.
- 9 Ecquid usum aliquem habeant, quæ de servis & libertis traduntur.
- 10 Nihil antiquitatis penitus ignorandum.
- 11 An sicut libertus suo victu patrono operas præstare cogitur: ita quoq; vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur.
- 12 Contractus ex conventionem legem accipiunt.
- 13 Num quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater uni filiorum prælegare queat feudum.
- 14 Ordinatio defuncti nulla in feudo valet.
- 15 Nemo potest legare jus morte suâ perituum.
- 16 Feudi alienatio prohibita.
- 17 Testamenta ex alieno arbitrio pendere non debent.
- 18 Pater uni ex filiis emphyteusim prælegare nequit.

- 1 Quandoquidem ad patroni liberos, eo mortuo, peræquè pertinet successio liberti, atque ad ipsum patronum, ut ex superiori titulo didicimus: rectè & ordine hîc de assignatione Imperator agit. Nam per eam fit, ut ex pluribus patroni liberis tantum liberto succedat, cui libertus à patre assignatus est, & attributus, hoc est, quem pater aut scriptis, aut verbis declaravit, ut post mortem suam ipse solus liberto sit patronus. Ita enim declaratio sive testificatio, assignatio liberti dicitur, l. assignare. 107. ff. de verborum significatione. Hæc autem assignandi potestas patri, vel avo paterno, habentibus in potestate liberos, concessa est ex Senatusconsulto Claudiano, quod factum est tempore Imperatoris Claudii, Velleio Rufo, & Hosterio Scapula consulibus. Sic enim in fine nostri tituli, ex libris Florentinis legendum esse, monet hîc, post Anton. Augustinum libr. 3. emendat. c. 7. Balduinus & Giphanius. Tametsi Cujacius, Borcholt. Wesenbec. aliq; aliter sentiant. Caterum verba hujus Senatusconsulti & venusta interpretatio extant in leg. 1. tot. tit. ff. de assignandis libert. Ejusque duæ sunt partes. Prior est, quâ uni liberorum assignatur libertus, ut ille omne jus patronatus solus habeat, solusque liberto succedat, exclusis aliis liberis, etiam eodem gradu constitutis. Altera pars est, quâ reliqui liberi pristinum jus recipiunt, mortuo sine liberis illo, cui libertus assignatus fuerit, ut hîc init. & d. l. 1. ff. de assign. libert. Ratio prioris est patria potestas, ut hîc in §. datur. 2. in verb. in potestate habebit, &c. quâ parentibus licitum est aliquid liberis adimere, vel adjicere. l. in suis. 11. ff. de liber. & posthum. heredib. instit. tot. tit. sup. de exheredat. liberor. Nec adversatur, quod supra tit. proximo diximus; singulos liberos ipso jure pro patronis haberi; & proinde voluntate privatâ id mutari non debere, arg. l. jus publicum. 38. ff. de pact. & l. Neratius. 20. in princ. vers. quia pacto. ff. de religiosis, & sumptib. funer. Illud namque defuncto demum parente est verum, non item eo vivo. Alterius partis ratio est: quia jus reliquorum li-

berorum non aliter ademptum ipsis intelligitur, quàm si assignatio vim suam obtinuerit. Ut porro aliàs masculinum comprehendit sub se fœmininum. l. 1. ibiq; Dd. ff. de verb. significat. ita & hîc liberta uni ex filiis, & tam filiar neptivè, quàm filio sive nepoti assignari potest. §. 1. hoc tit. Quin & is libertus, qui apud hostes est, assignari poterit, propter spem scilicet postliminij. d. l. 1. §. is quoque. 2. ff. de assignand. libert.

Nominatim autem Senatusconsult. liberorum quos patronus in potestate habet, meminit, dict. l. 1. in princip. ff. eodem tit. & hoc in dict. §. 2. Ex quo efficitur, filio emancipato assignari libertum non posse. Imò si filio, in potestate posito, assignaverit libertum patronus, & postmodum emancipaverit filium: assignatio expirat & evanescit, dict. §. 2. hoc tit. Cujus rei ratio est: quia ea, quæ rectè constiterunt, extinguuntur postea & evanescunt, si in eum casum reciderunt, quo incipere non potuissent. l. existimo. 98. & l. pluribus. 140. §. c. si. 2. ff. de verborum obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitutib. l. si in metallum. 3. in fine. ff. de his, quæ pro non scriptis habentur. Neque refragatur Modestini responsum in leg. utrùm ei. 9. ff. de assignand. libert. ubi etiam filio emancipato libertus assignari potest. Etenim de eo accipi debet casus, quo patronus, qui plures habet in potestate liberos unumque emancipatum, uni ex illis, qui in potestate sunt, & simul emancipato libertum assignat. Hæc assignatio, ita communiter & conjunctim facta, valet: & quod per se assequi emancipatus non posset, hoc conjunctionis beneficio assequitur. Quemadmodum & aliàs fieri solet, ut per alium quis habeat, quod per se habere nequit, l. non putavit. 8. §. ultim. ff. de bonorum possessione contra tab. mulieri. 74. ff. de condit. & demonstrat. l. ult. ff. de liber. & posthum. l. quadam. 62. ff. de acquir rer. dom. Atque ita Modestinum cum Justiniano conciliari posse, edocent Franciscus Hotomanus hîc. Borcholt. num. 3. & D. Bocerius num. 8. pag. 53. Sane quoad formam & modum assignandi, nihil refert, utrùm assignatio à patronis fiat in testamento, an extratestamentum, quibuscunque tandem verbis, etiam minùs solennibus. §. fin. hoc tit. d. l. 1. §. assignare. 3. l. assignare. 7. & l. ultim. in princ. ff. de assignand. libert. Sed & vel purè, vel sub conditione, vel ex die certâ, non autem usque in diem certum, assignatio fieri potest. d. l. assignare. 7. l. sub conditione. 10. & d. l. ultim. §. ultim. ff. d. tit.

Quanquam porro in magno apud nos usu esse non possunt, quæ hoc loco, & superioribus titulis, & alibi in juris nostri voluminibus de servis & libertis traduntur: cum Germania nec veros servos, nec libertos habeat: attamen non sunt omnino negligenda. Tum propter nationes alias, apud quas dominica potestas nondum desit, servitusque adhuc durat. Tum ut jus vetus, quod de servis & libertatis passim loquitur, melius intelligatur. Nihil enim antiquitatis penitus ignorandum est, §. 1. f. de testam. ord. Tum etiam, quia nonnunquam argumenta suppeditant, ad plerosque casus filiorum familias & priorum hominum nostræ ætatis, aliorumvè, qui illis in quibusdam non admodum dissimiles sunt, decidendos. De quib. videatur Zasius in §. præjudiciales. 13. infr. de actionib. & in l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condit. indebiti.

Illud quasi corollarii vice hic queri poterit: an sicut libertus suo victu patrono operas præstare cogitur. l. suo victu. 18. ff. de operis libertor. ita quoque vasallus propriis sumptibus servire domino teneatur? Et communiter hæc distinctio recepta est: Aut ex tenore investituræ constet, cujus impensis servitium sit præstandum; & illud observari debet, argument. §. præterea, quid sit investit. tit. 2. lib. 2. feudor. Contractus enim ex conventionem legem accipiunt. l. 1. §. si conveniat. ff. de positi. l. contractus. 23. & l. semper in stipulationib. 34. ff. de regulis juris. cap. contractus. 85. ibiq; Dynus. extr. eodem tit. lib. 6. Aut ex investituræ literis id non apparet: & tunc si vasallus est dives, habens opulentum & pingue feudum: propriis sumptibus servire domino compellitur: secus, si sit pauper, non possidens feudum, ad istos sumptus feren-

ferendos sufficiens. Hac quippe specie domini expensis & sumptibus servitia præstabit, *argum. dicta leg. suo victu.* 18. & *legib. sequentib. ff. de operis libertorum.* Idem dicendum, si dominus de suâ provinciâ exeat. Nam & hoc casu dominus suis sumptibus vasallum secum ducere debet, licet vasallus feudum opulentum habeat, *argumento l. quod nisi fuit. 20. §. 1. cum l. seq. ff. dicto tit. latè Speculator in tit. de feudis. §. quoniam. num. 42. & seq. Baldus in c. 1. de capitaneo, qui curiam vend. tit. § 1. libro 2. feud. Alvarottus in cap. 1. de novâ formâ fidelit. n. 7. tit. 7. lib. 2. feudor. Zasius in Epitom. feud. part. 7. n. 44. cum seqq. Schneidv. supr. tit. de servili cognat. n. 8. & 9. & novissimè Matthias Stephani centur. 3. quæst. 14. ad lit. a.*

- 13 Præterea & illud hoc loco quærere lubet: an quemadmodum patronus uni filiorum assignare potest libertum: sic pater etiam uni filiorum queat prælegare & assignare feudum: ita ut uni filio duæ partes, alteri tertia pars feudi assignetur; Et patri hoc non licere, tribus potissimum rationibus probatur. I. Quia nulla ordinatio defuncti in feudo valet. *c. 1. in princ. de successione feudi. tit. 8. lib. 1. feudorum.* Ergo nec illa valebit, quâ uni ex filiis feudum prælegaverit. II. Quia patris jus omne, quod habet in feudo, morte ejus extinguitur, & aliis, qui ex concessione vocati sunt, defertur. Nemo autem potest legare jus, quod morte suâ perituum est, *argumento l. uxor patris. 20. C. de legatis.* III. Quia si posset vasallus de feudo testari, idque legare: absque domini consensu illud alienare, & in alium transferre posset: quod placitis feudorum repugnat, *cap. 1. d. prohibitâ feudi alienat. per Frider. tit. § 2. lib. 2. feudorum.* Nec movet, si dicatur, posse adhiberi domini consensum: Nam (*teste Cajo*) satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. *l. illa institutio. 32. in princip. ff. de heredibus instituendis.* Et hanc opinionem, tanquam communem, plerique amplexi sunt: *Carolus Ruinus conf. 25. n. 13. lib. 1. Julius Clarus lib. 4. sent. §. feudum quæst. 40. n. 5. Zasius dict. Epitom. feud. part. 8. n. 60. Cujacius in Comment. ad lib. 4. feudorum. tit. § 4. Fachinæus lib. 6. controuv. jur. cap. 62. Matth. Stephani dict. cent. 3. quæst. 14. ad lit. c. aliiq. plurimi, quos commemorat Tiraquell in Comm. de retract. lignagier. §. 11. gloss. 6. n. 24. & seq. ubi etiam Doctores variè dissentientes & distinguentes recitat.* Sed & patrem uni ex filiis suis emphyteusin prælegare haud posse, *post Bartolum in l. jurisjurandi. 7. §. si liberi. n. 6. ff. de operis libertor. contra alios præclare, prolixèque defendit Fachinæus dicto lib. 6. controuv. jur. cap. 63.*

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TIT. X.

Principium Tituli, cum §. 1.

Jus bonorum possessionis introductum est à Prætorè, emendandi veteris juris gratiâ. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Prætor emandavit, sicut suprâ dictum est: sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus heres fuerit institutus: quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat: honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum à Prætorè adjuvabatur. Sed & is à nostrâ constitutione rectè heres instituitur, quasi & jure civili non incognitus.

§. 1. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratiâ, Prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto heredes instituti sunt, dat secun-

dum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remotâ quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.

S U M M A R I A.

- 1 Connexio hujus tituli cum præcedentibus.
- 2 Bonorum possessionis definitio.
- 3 Possessio quatenus juris sit, & quatenus facti.
- 4 Bonorum possessio, & possessio bonorum nihil differunt.
- 5 Nomina & verba transposita idem significant.
- 6 An bonorum possessionis definitio conveniat possessoriæ hereditatis petitioni.
- 7 Hereditas quid sit.
- 8 Bonorum possessio an & quatenus hereditatis appellatione continetur.
- 9 Divisio bonorum possessionis in edictalem, & decretalem.
- 10 Edictalis bonorum possessio quid sit: & quotuplex.
- 11 Bonorum possessio ex testamento datur aut secundum, aut contra tabulas testamenti.
- 12 Ab intestato bonorum possessioni quando locus relinquatur.
- 13 Hujus bonorum possessionis quæ species.
- 14 Decretalis bonorum possessio quid sit, & quot ejus species.
- 15 Bonorum possessio Carboniana quibus detur.
- 16 Bonorum possessio ventris nomine, cui competat.
- 17 Bonorum possessio litis agnoscenda causa, cui concedatur.
- 18 Bonorum possessio, ut ex legibus, quibus determinatur.
- 19 Nunquid hodie bonorum possessionis aliquis sit usus.
- 20 Licet per procuratorem hereditas jure civili adiri nequeat: prætoriam tamen bonorum possessio per eum peti potest.
- 21 Bonorum possessoribus quatenus competat interdictum Quorum bonorum.
- 22 Ei, qui communi auxilio tutus est, non debet concedi remedium extraordinarium.
- 23 Intellectus §. final. hoc tit.
- 24 Discrimen inter emancipatos & suos quatenus sublatum.
- 25 Prætoribus qui hodie comparentur.
- 26 Bonorum possessio quam ob causam à Prætorè introducta.
- 27 Intellectus §. posthumus autem alienus. 28. supr. de legat.
- 28 Persona plane incerta heres institui non potest.
- 29 Circa successionem intestatorum, Prætor etiam à jure civili recessit.
- 30 Sententia l. non est ambigua. 12. §. 1. ff. h. t.
- 31 Quæ sit bonorum possessio secundum tabulas.
- 32 Prætorium beneficium promptius est & expeditius.

Successio omnis, vel est civilis, vel Prætoria: & illa quidem hereditas, hæc verò bonorum possessio dicitur. *Viglius in Rubric. tit. supr. de testament. ordinand. n. 7. Mynsinger. in Rubr. tit. supr. de hered. quæ ab intest. defer. num. 1. Forster. lib. 1. de succession. c. 4. & 5.* Cum autem civilia sint potiora prætoris hereditatibus jam priore loco discussis; proximum est, ut de bonorum possessionibus subjiciatur tractatus. Bonorum possessio (prout eam defin. *Ulpian. in leg. bonor. 3. §. 2. ff. hoc tit.*) est jus persequendi, retinendique patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Ad quam definitionem subvertendam nonnulli hisce utuntur argumentis. Primò (*inquiunt*) possessio non tam juris est, quam facti, *l. 1. §. furiosus. & §. seq. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. deniq. 19. ff. ex quib. caus. major. & c.* Ideoque gentis in hac definitione non rectè positum esse videtur. Sed respondendum: possessionem singularum rerum, de quâ agitur in jam citatis locis, facti esse & corporis: non autem possessionem universitatis, quâ de hîc tractatur. Neque enim hæc nudam rei detentionem, velut illa, sed jus & utile dominium rerum, quæ in hereditate sunt, complectitur; adeoque in jure tota consistit, *l. 1. & 3. ff. hoc tit.* Ubi obiter (*contra Mynsingerum hîc in Rubr. n. 6. Schneidv. in n. 3. & alios*) notandum: nihil interesse, sive bonorum possessio unâ voce, an duabus: sive item bonorum possessio, an possessio bonorum, dicatur. Leges enim ejusmodi discrimen non observant, *l. si minor. 61. ff. de acquir. vel amitt. here. ut. l. cum proponas. 9. C. de bonis auctorit. jud. possid. l. cognitio. 4. §. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. Forster. senior. lib. 2. de success. c. 24. n. 11. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. th. 1. Oldendorp. class. 5. act. 6. in princ. D. Bocer. hîc n. 28. p. 90. ac aliàs nomina & vocabula transposita idem significant, l. quidam. 14. ff. de peculio legat. l. ambiguitates. 24. & l. præposteri. 25. ubi. Cynus, Salicet. & Dd. C. de testam. Aristot. in lib. de æquitate. Nicol. Eberhard. in locis legalib. loc. ab ordine. num. 3.*

modò observetur, de quâ re subjectâ, an scilicet de successione, vel rerum detentione vox ista proferatur. Illo casu propriè juris est, & alteram successionis universalis speciem, Prætoriam videlicet, de quâ jam agimus, constituit. Hoc casu magis facti est, speciesque detentionis censetur, de quâ in d. tit. ff. de acquir. vel amitt. possess. § tit. ff. de bonis auctorit. judic. possid. Borcholt. hic Treutler. disputat. 15. thes. 1. lit. b. volum. 2. ibique Bochovinus in suis not. pag. 912. & Hunnius quest. 2. pag. 261. cum seq. nec non Wegnerus Disp. 9. ad Institut. th. 6. sub. lit. a.

6 Deinde (ajunt) hæc definitio latior est suo definito: propterea quòd bonorum possessoriæ hereditatis petitioni convenit: quæ etiam jus est persequendi patrimonii, quòd defunctus habuit: arg. tot. tit. ff. de possess. her. pet. Dicendum: bonorum possessionem ab Ulpiano jus persequendi definiri, non quòd actio sit, vel remedium, quo persequimur patrimonium: sed quòd jus contineat, quo innitimur tanquam fundamento in petitione hereditatis. Qui enim per bonorum possessoriæ hereditatis petitionem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, petiturus est patrimonium defuncti: eum oportet petitionis suæ fundamentum ac causam aliquam habere. Jam igitur bonorum possessio causam illam, nempe jus comprehendit, propter quòd patrimonium sive hereditatem defuncti, bonorum possessoriæ hereditatis petitione persequimur, & retinemus. Quâ de re videantur. Accurs. & vulgò Doctores in Rubric. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. ant. Melchior Klingius hic num. 3. Forster. d. lib. 2. de successionibus. cap. 24. & Grass. in lib. recept. sent. §. bonorum possessio quest. 1. num. 2.

7 Tertiò objectant, hanc definitionem hereditati quoque competere: quippe quæ nihil aliud sit, quàm successio in universum jus, quòd defunctus habuit, l. heredit. 62. ff. de reg. jur. & l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. signific. Verùm respondetur: in hac definitione ipsum Iurisconsultum exprimere formam, quâ bonorum possessio ab hereditate distinguatur. Ait enim, bonorum possessionem jus esse patrimonii, id est, hereditatis persequendæ. At hereditas non est jus persequendi, sed successio in jus universum. dict. modo legib. Atque ita per hereditatem directè ipso jure in universum jus succedimus, dominique constituimur: per bonorum autem possessionem, tantum facultatem & jus persequendi (quæ persecutio non fit actionibus civilibus, sed Prætoris seu possessoriis, ut possessoriæ hereditatis petitione, tot. tit. ff. de possessor. heredit. petit.) aut retinendi (quòd fit exceptionibus) consequimur. Gæd. in d. l. nihil est aliud. 24. num. 14. ff. de verb. signif. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. c. De aliis bonor. possess. & heredit. different. dicitur inf.

8 §. seq. Nec obstat, quòd hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur. l. hereditatis. 138. ff. de verbor. significat. & bonorum possessio aliquando absolute hereditas appellatur, l. ult. ibi, amplectenda hereditatis. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. Nam quoad effectum commodi & incommodi, bonorum possessio pro hereditate accipitur, & hereditatis appellatione bonorum possessio continetur: non verò quoad propriam formam, & formatum effectum, ut pulchrè trad. Gæddens in d. l. nihil est aliud. 24. num. 15. ff. de verb. significat. & Donell. lib. 7. Commentar. de jure civ. c. 14. Ex quo rectè inferitur, appellatione hereditatis, bonorum possessionem propriè non contineri, uti asseverat Hippolytus Riminald. in l. emancipata. 4. num. 174. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt, &c.

9 Dividitur bonorum possessio in edictalem sive ordinariam, l. 1. §. sed & si tabula testament. nulla extab. l. cum quidam. 30. §. 1. in fin. ff. de acquir. vel omitt. hered. & decretalem sive extraordinariam, l. 1. §. decretalis. 7. ff. de successor. edict. l. 2. §. si quis ex liberis. ibi, decreto. ff. ad Senatusconsult. Tertullian. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. servetur. Döringius in bibliotheca Iurisconsult. tom. 1. verb. agnitio. num. 10. & fol. 1198. Quam divisionem Accursius in d. l. 1. §. decretal. ff. de successor. edict. Bartol. in l. 3. §. à municipib. 4. num. 3. ff. hoc t. Decius in Rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. poss. num. 17. & Sichard. ibid. n. 24. alique Doctores communiter quidem admit-

tunt, sed malè explicant. Ajunt enim, edictalem eam esse, quæ ex edicto Prætoris mortui; decretalem verò, quæ à Præторе vivo concedatur. Quod si verum esset: inde sequeretur, istas species tempore tantum differre: quòd absolum est. At videantur Menochius de adipisc. possess. remed. 1. num. 9. & aliquot seq. Wesenbec. ad §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Donellus d. lib. 7. Comment. de jur. civ. c. 14. pag. 167. num. 4. Heigius hic n. 6. Giphani in Commentar. de divisionib. jur. th. 53. & 54. Schegk. in delibatis jur. disp. 14. th. 69. ad lit. b. Fachinus lib. 5. controvers. jur. c. 73. Scipio Gentil. lib. 1. de jurisdict. c. 2. Wegner. d. disp. 9. th. 6. ad lit. e. & Treutler. disp. 15. th. 2. volum. 2. ubi latè Hunnius quest. 9. pag. 269. cum seqq. & Bachovius pag. 921. & seqq. Tametli divisionem illam improbant & rejiciant Forster. senior. lib. 2. de success. c. 26. Forster. junior. d. l. 3. disput. 16. thes. 4. & Arumaus Disp. pandect. 17. th. 1.

Edictalis bonorum possessio est, quæ ex dicto Prætoris¹⁰ perpetuo competit: ac simpliciter, id est, sine causæ cognitione de plano petitur, & agnoscitur. Eaque duplex est. Datur enim vel ex testamento, ritè factò; vel ab intestato, per principium hujus tit. l. 1. & d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. l. 1. ff. si tabula testam. nulla extab. l. sed cum patronus. 6. §. 1. ff. hoc tit. l. in plurimum. 70. in princ. vers. idem juris. ff. de acquir. vel omitt. hered. Wesenbec. in d. §. ult. num. 4. infr. hoc tit. Schegk. d. disp. 14. thes. 70. Bonorum possessio ex testamento rursus du-¹¹plex est. Nam datur aut secundum, aut contra tabulas testamenti. Illa secundum voluntatem testatoris, testamento expressam, conceditur omnibus jure scriptis, vel nuncupatis heredibus, tot. tit. ff. & C. de bonor. p. possess. secund. tabul. & explicabitur in §. sunt autem. 3. infr. hoc tit. Hæc autem competit contra testamentum sive nuncupationem, liberis præteritis, tam suis, quàm emancipatis, vel aliis potestate patriâ liberatis, d. §. sunt autem. 3. infr. eod. §. emancipatos. 3. supr. de exhered. liberor. l. 1. in princip. & §. sui juris. 6. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. possess. contr. tab. l. 1. Cod. d. tit. & l. is, qui in potestate. 15. ff. de legat. prestand. contr. tab. Ab intestato bonorum possessioni lo-¹²cus relinquitur, si neque contra tabulas, neque secundum tabulas bonorum possessio agnita fuerit. l. 1. in princip. & §. 2. ff. si tabula testam. nulla extab. d. l. in plurimum. 70. in princ. vers. idem juris est ff. de acquir. vel omitt. her. Ejusque species ex jure hoc Institutionum hæc censentur: Bo-¹³norum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: bonorum possessio unde cognati: & bonorum possessio unde vir & uxor, §. sed eas quidem. 4. infr. hoc t. Ex jure verò novissimo hæc tantum: Bonorum possessio unde liberi: bonorum possessio unde legitimi: & bonorum possessio unde vir & uxor. Hodie etenim ex Justiniani constitutione omnes cognati effecti sunt heredes legitimi; adeoque unâ cum agnatis succedunt. Nov. 118. c. 4. Dn. Collega Bocer. hic n. 55. p. 93. & class. 3. Disp. 12. th. 20. ad lit. c. ed. 2.

Decretalis seu extraordinaria bonorum possessio est: ¹⁴quæ non prius competit, quàm à Præторе vivo pro tribunali, causâ cognitâ, decreta fuerit, l. bona. 3. §. penult. ff. hoc tit. Pacius in Epit. jur. disp. 11. th. 30. Schegk. d. disp. 4. th. 78. Vultej. l. 1. Jurispr. Rom. c. 75. n. 10. Cujusmodi bono-¹⁵rum possessiones sunt tres. Prima vocatur Carboniana, quæ datur liberis impuberibus, qui & statûs & hereditatis paternæ controversiam patiuntur. Nam decreto Prætoris interim mittuntur in possessionem, dilatâ statûs & hereditatis controversiâ in tempus pubertatis, tot. tit. ff. & Cod. de Carbon. ed. ibiq. Duaren. Paul. lib. 3. sent. tit. 1. Donell. d. l. 7. Comment. c. 14. p. 168. n. 20. & seq. Altera dicitur Ventr¹⁶is nomine: quæ conceditur mulieri, quæ se ex defuncto marito prægnantem dicit. Interim enim, dum spes esse partûs videtur, in possessione est: & constituitur curator bonis, qui ei præstat alimenta, habitationem, & cætera, ad partum edendum necessaria, pro dignitate & facultatibus mariti defuncti, l. 1. & tot. tit. Digest. de ventre in possess. mittendo. & ibi Wesenbec. in paratis. Mynsinger. n. 6. & Schneidv. n. 7. ad §. septim. §. infr. hoc tit. Tertia appellatur litis agnoscende¹⁷ sive ordinanda causa: quæ decernitur filio emancipato exheredato, qui de inofficioso acturus est: atq; hæc est sine re: quoniam litis solummodo præparandæ causa petitur, l. post-
humus

- humus. 6. §. ultim. & l. Papinianus. 8. in princip. ff. de inoffic. testament. Schegk. d. disp. 14. th. 80. Pacius d. disput. 11. th. 30. ad lit. c. Schneidevv. ad d. §. septima infr. hoc tit. n. ultim. Govean. lib. 2. lect. variar. c. 6. Grassus in d. libr. recept. sent. §. bonor. poss. quest. ult.* Porro, ad istam bonorum possessionem extraordinariam, referri quoque poterit bonorum possessio, quæ dicitur *Præ ex legibus*, vel *Quibus ex legibus*: quæ Prætor eos ad bonorum possessionem admittit, quibus ut bonorum possessio detur, lege, constitutione, vel Senatusconsulto cautum est: *l. unic. ff. ut ex legibus & Senatusconsult. bonor. poss. detur. & d. §. septima. infr. hoc tit.*
- 19 Sed antequam progrediamur ulterius: indagandum est, an hodie bonorum possessionis aliquis sit usus? Et non esse, opinantur Forsterus junior *d. lib. 3. disp. 16. th. 8.* & alii nonnulli, hac præcipue adducti ratione: quod omnibus illis, quibus olim Prætor consulere voluit, etiam hodie per constitutiones civiles plenissime sit cautum. *Novell. 118. 127. Auth. cessante. cum duabus seqq. C. de legit. her. & similib.* Verum contrarium & receptius videtur, & probabilius. Etenim si de acquirenda hereditate quærat: liberalius cum bonorum possessoribus Prætor, quam cum heredibus (us civile agit. Hoc siquidem jure civili, qui in aliena sunt potestate, hereditatem sibi delatam adire non possunt, nisi jussu præcedente eorum, quorum in potestate existunt: jure verò Prætorio bonorum possessionem, etiam ignorantibus his, quorum potestati subditi sunt, petere queunt, & rati habitio sufficit, *l. qui in aliena. 6. & l. si quis mihi. 25. §. jussu. 4. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 1. C. qui admitti ad bonor. poss. poss.* Jure item civili complures sunt gradus eorum, quibus hereditas defertur: & nemo ex inferioribus gradibus hereditatem adire potest, donec priores omnes exclusi sint, sciatque quis, eos exclusos esse, *l. quamdiu. 69. & l. seq. ff. de acquir. vel omitt. hered.* At bonorum possessionem etiam inferior gradus agnoscere potest intra vicem priorum, quibus ea defertur, *l. ult. C. qui admitti ad bonor. poss. poss.* Præterea quamvis per procuratorem jure civili hereditas adiri nequeat. *l. Pannonius Avitus. 86. in princip. ff. de acquir. vel omitt. her.* quemadmodum etiam sub conditione hereditas jure civili adiri nequit. *l. actus legit. 77. ff. de reg. jur.* attamen bonorum possessionem prætoriam possum petere, tum per procuratorem, tum sub conditione, si scilicet lucrosa est, vel opulenta. *l. bona autem. 3. §. acquirere. 7. l. servus. 7. in princ. ff. hoc tit. Sichard. ad rubr. C. qui admitti ad bonor. poss. poss. n. 14.* Acquisitâ demum bonorum possessione, hoc proprium est bonorum possessorum beneficium, non heredum: ut, quibus bonorum possessio ex edicto data est, ii de singularum rerum hereditariarum possessione habeant interdictum. *Quorum bonorum l. 1. ff. Quorum bonor. Petrus Heigius hic n. 5. Et idem sentiunt in hoc tit. Clingius. n. 11. & 12. Schneidevv. in §. ult. n. 8. infr. eod. Gloss. Bartol. & Dd. in l. fin. C. unde legitimi. Don. & Sichardus ad Rubric. C. qui admitti ad bonor. poss. poss. n. 7. 11. & sequentib. idem Donell. d. l. 7. Comment. de jure civ. c. 14. p. 169. n. 40. Vasq. de success. resol. lib. 1. §. 3. n. 27. Oldendorp. class. 5. act. 6. quest. an hodie petatur. recte bonor. poss. p. mihi 859. Trentler. d. disp. 15. th. 1. ad lit. f. vol. 2. ibiq. latissime Bachovius in suis not. p. 917. cum seqq. & Hunnius quest. 6. p. 266. cum seq. Barter. Decad. 5. quest. 2. Arumans prædicta Disp. Pandect. 17. th. 4. Paulus Berens disp. 8. ad Institut. them. 4. quest. 1. & Iohan. Kitzel. Disp. 13. repetit. univ. jur. th. 10. lit. f. Adde Locamerum quest. jurid. facisc. 34. quest. 5.*
- 22 Non adversatur huic sententiæ, quod ei, qui communi auxilio & mero jure tutus & munitus est, non debet tribui extraordinarium remedium sive auxilium. *l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minorib.* Atqui cognati non succedunt amplius ex jure prætorio, sed magis ex jure civili. *d. Nov. 118.* adeoque illis sufficit petitio hereditatis civilis: præsertim cum per Justinianum Imp. bonorum possessio sublata censeatur. *§. fin. ibi, ne quis pro bonorum possessione petendâ curet. infr. hoc tit.* Hoc, inquam, non adversatur.
- 23 Quia vetus duntaxat bonorum possessionis solennitas, veluti plus æquo scrupulosa, merito sublata est; & ita *d. §. fin.* accipi debet. Verum si plex quædam imitatio, ut heres sese

Magistratui insinuet, petatque auxilium in his, quæ illi forte, ne ad hereditatem apprehendendam perveniat, de facto obstant: ea profecto honesta est, utilis, & necessaria: ideoque frequens admodum, asserente Oldendorpio *d. loco.* Similiter non obstat, quod discrimen, quod olim erat inter emancipatos & suos, prorsus sit sublatum. *d. Nov. 118. c. 4.* Etenim jure civili oblitterata quidem est differentia emancipatorum & suorum, quoad successionem ab intestato, quia ibi pariter succedunt: ceterum in succedendo contra testamentum, in eo differentia adhuc hodie manet, ut tradit *Si hard. ad d. rubr. C. qui admitti ad bonor. poss. poss. num. 8. & notavimus supra ad principium num. 58. & §. emancipati. 9. num. 4. & §. tit. de hered. quæ ab intest. defer.* Denique nihil ad rem facit, quod hodie nulli sint amplius prætores tales, quales olim fuerunt. Nam Episcopos, Comites, Marchiones, Duces, Principes, & similes comparari Prætoribus & Præsidibus, testatur *Bartol. in l. stipulationum. 5. §. pratoria. ff. de verb. obligat. & ferè omnes Dd. in l. omnes populi. 9. ff. de just. & jur. hosq. recenter referens Paulus Berens d. disput. 8. them. 4. quest. 1.* Vide Dn. Collegam Besoldum in *delibatis juris ex lib. 37. ff. quest. 1. pag. 126. & seq.*

Nunc ad principium hujus tituli, juncto §. 1. quod attinet: ex eo discendum est, bonorum possessionem à Prætore juris civilis tum emendandi sive corrigendi & impugnandi, tum tuendi & confirmandi gratiâ institutam atque introductam esse. Correctionis exempla in jure passim sunt obvia. Unum habetur in hoc principio, *§. l. v. rum. 3. ff. de bon. poss. secund. tab. & l. posthumus. 6. ff. de inoffic. testam.* ubi posthumus alienus (*de quo in §. posthumus quoque. 26. f. de legatis.*) jure civili inutiliter heres institutus, hereditatem seu potius bonorum possessionem jure Prætorio agnoscit. Nec huic resistit *§. posthumus autem alienus. 28. f. d. tit. de legat. ubi traditur,* posthumum alienum potuisse heredem institui, etiam ante constitutionem Justiniani. Nam respondetur potuisse quidem: ita tamen, ut hereditatem persequeretur jure honorario, non verò jure civili. Ratio, cur jure civili posthumus alienus inutiliter institui non potuerit, est hæc: quia persona planè incerta est. Ast incertæ personæ institui non poterant, teste *Ulpiano in fragmen. tit. 22. §. incerta, & c.* Aliud exemplum colligitur ex *l. 2. §. 1. ff. de bonorum possessionib. secund. tab.* ubi heres sub conditione institutus, pendente conditione bonorum possessionem assequi potest: tamen si juris civilis subtilitate hereditatem adire non valeat, *l. is, qui heres. 13. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Aliud est in *l. posthumus. 12. ff. de injust. rupt. irr. facto testament.* ubi heres scriptus in testamento, in quo posthumus est præteritus, mortuo eo, bonorum possessionem secundum tabulas accipit: quamvis testamentum agnatione posthumi, juris scrupulositate ruptum videatur. *Et hæc in causa testati.* Equè autem circa successionem intestatorum Prætor recessit à jure civili, idque emendavit. Dedit namque filiis emancipatis bonorum possessionem, *Unde liberi;* & cognatis, *Unde cognati:* quos tamen jure civili ab hereditate defuncti exclusos, omnique auxilio destitutos fuisse constat, *§. emancipati. 9. sup. de heredit. quæ ab intest. defer. tot. tit. ff. & C. Unde liberi. & tot. tit. ff. & C. Unde cognati.* Plura exempla videre est apud Forsterum *d. libr. 2. de successione. c. 27.*

Neque his, quæ de emendatione seu impugnatione juris civilis hîc dicuntur, contradicit Ulpianus in *l. non est ambigen. 12. §. 1. ff. hoc tit.* dum asserit, quod ubicunque lex, vel Senatusconsult. vel constitutio capere hereditatem prohibet, bonorum possessio cesset. *Illud enim eo de casu accipiendum est, quo propter aliquod commissum quispian capere hereditatem à jure civili prohibetur; puta is, qui rei capitalis damnatus, neque restitutus est.* Etenim huic bonorum possessionem Prætor non tribuit, *l. edicto. 13. ff. eod. tit. Forster. d. l. 2. c. 28. n. 26.*

Confirmationis porro exempla hoc loci in §. 1. duo ab Imperatore adferuntur: unum in successione testati. Nam Prætor heredibus rectè utiliterque institutis bonorum possessionem secundum tabulas decernit: qui tamen etiam citra Prætoris beneficium ex jure civili hereditatem consequi possunt, *l. verbis. 120. ff. de verbor. significat.*

Est autem bonorum possessio *secundum tabulas* ea, quam Prætor testamenti tabulas ac scripturam sequens, eique obtemperans, institutis heredibus largitur, l. 1. §. *passim. ff. de bonorum poss. secund. tab. & de hoc abundantius in §. sunt autem 3. infr. hoc tit.* Alterum exemplum est in successione intestati. Suis enim & agnatis, quibus ab intestato hereditas debetur, Prætor bonorum possessionem pollicetur, l. 1. §. 2. *ff. de suis & legitim. heredibus. l. 1. & passim. ff. unde legitimi*: quamvis etiam sine bonorum possessione ad successionem jure civili vocentur, §. 1. *hoc tit. in fine.* Sed quia promptius est, & expeditius Prætorium beneficium: ideo Prætor adjuvandi & confirmandi, nec non ad exitum celeriter perducendi juris civilis gratiâ, & scriptis heredibus, & ab intestato proximis, bonorum possessionem concedit; *ut non ineptè hic ad finem Wesenbecius annotavit.* Adde, quod quemadmodum duabus anchoris niti tutius est: ita & duplici jure, civili scilicet & Prætorio, *docente Ritterhusio hic pag. 377. Adde Bachovium hic num. 2. pag. 700.*

§. Quos autem solus. 2.

§. 2. Quos autem solus vocat Prætor ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt. Nam prætor heredem facere non potest. Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per Senatusconsultum, & constitutiones principales. Sed cum eis Prætor dat bonorum possessionem: loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum, Prætor ex bono & æquo dilatavit.

S U M M A R I A.

- 1 Quidam ad successionem duplici jure vocantur.
- 2 Prætor neque heredem, neque dominum facere potest hujusque ratio.
- 3 Quatenus eadem vis edicti Prætoris, qua legi.
- 4 Differentia ac similitudo juris civilis & Prætorii.
- 5 Præcipua inter bonorum possessionem & hereditatem differentia.
- 6 Filius familias an invito patre hereditatem adire, vel bonorum possessionem agnoscere valeat.
- 7 Num bonorum possessio & hereditas per procuratorem acquiri queat.
- 8 Tempus bonorum possessionis petenda, itemque hereditatis ad eundem quale sit.
- 9 Hereditate, bonorumque possessione quale acquiratur dominium.
- 10 Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.
- 11 Lex omnium humanarum rerum domina & regina.
- 12 Consideratio l. 1. ff. hoc titulo.

1 Quibus solus Prætor bonorum possessionem decernit: si non heredes, sed bonorum possessores appellantur, *per hunc §. nostrum.* Rectè, *solus Prætor.* Nam ad successionem nonnulli duplici vocantur jure, civili & Prætorio: ut heredes ritè scripti, ut sui, ut agnati, *de quib. paulò antè circa §. 1. expositum.* atque hi sunt & heredes, & bonorum possessores. Alii vocantur tantum jure Prætorio: & hi (*ut modò dictum*) non appellantur heredes, sed bonorum duntaxat possessores: veluti sunt emancipati, liberi præteriti, posthumi alieni, cognati, &c. Ratio, cur heredes hi non sint, illa est: quia, *inquit hoc loco Imperator,* Prætor heredem facere non potest. Ratio rationis: quia Prætor dominum facere non potest, sed tantum lex, Senatusconsultum, Principis placitum, *arg. hujus §. & l. 2. ff. de legib. & l. qui ususfructum. 3. ff. si ususfruct. petet. Cujacius hic in suis notis. Wesenbec. num. 1. Rainaldus Corsus libr. 3. indagationum jur. cap. 4. D. Collega Besold. in Commentar. ad l. 7. & 8. t. 1. libr. 1. ff. num. 9. p. 113. Et eâ de re varias opiniones recitat Fachinaus libr. 5.*

Controvers. jur. c. 74. Ast hereditas est species acquisitionis domini, *arg. §. ult. f. per quas person. cuique acquirit, & §. ult. sup. de heredum qual. & differ.* Cur verò Prætor dominum non faciat, sed tantum lex, aut Senatusconsultum, aut constitutio sive Principis placitum, hæc est ratio: quia dominium, quod acquiritur successione, juris est civilis, *docente Vulteio ad principium hujus tit. num. 3.* Prætor autem magis spectat jus naturale, & ea, quæ sunt naturalia, ut est possessio, *argument. §. emancipati. 9. vers. sed prætor naturali, & c. f. de hereditatibus, qua ab intest. defer. cum juribus similibus.* Neque obstat, quòd Prætoris edictum vim legis obtineat, §. *Prætorum. 7. f. de jure natur. gent. & civ.* Eadem namque vis est & auctoritas edicti Prætoris, quæ legis, ratione sc. effectus; non autem ratione formæ & modi. Ideoque notanda hoc loco est juris civilis & prætorii differentia, ac similitudo. Differentia est: quòd jus civile efficiat heredem: Prætor bonorum possessorem. Similitudo hæc est: quòd idem utriusque sit effectus, id est, bonorum possessor, quoad effectum, loco heredis habeatur, l. 2. *ff. hoc tit. l. Prætor. 117. ff. de regul. jur.*

Enim verò bonorum possessionis & hereditatis hæc præcipuæ sunt differentia. I. Hereditas solâ animi destinatione adiri potest, sine præsentia judicis, §. *item extraneus. 7. f. de hered. qual. & differ. l. si avia. 6. C. de jure deliber. l. pro herede. 20. & l. gerit. 88. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Bonorum possessio à Præторе, seu iudice peti debet, l. *ultim. Cod. qui admitti ad bonor. poss. possunt.* II. Filius familias heres institutus, invito patre, hereditatem non adit, l. *si quis mihi. 25. §. iussu. 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Ast, ignorante & invito patre, bonorum possessionem agnoscit, l. 1. *C. qui admitti ad bonor. poss. possunt.* III. Bonorum possessio per procuratorem acquiritur, l. 3. §. *acquirere. 7. ff. hoc tit.* Hereditas per procuratorem adiri & acquiri nequit, l. *per curatorem. 90. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cuiac. libr. 1. observ. c. 34. & dictum supr. ad princip. hujus tit. num. 20.* IV. Tempus bonorum possessionis petendæ est vel annuum; vel centum duntaxat dierum l. 1. §. *largius. ff. de success. edict. & §. cum igitur plures. 6. infr. hoc tit.* Tempus ad eundem hereditatis est perpetuum, id est, triginta annorum, l. *licet. 8. C. de jure deliber. l. hereditatis. 7. C. de petit. heredit.* V. Hereditate directum (*uti vocant*) acquiritur dominium: bonorum possessione utile tantum, *juxta Accurs. & Dd. in l. 1. ff. hoc tit.* Idque ratione confirmatur: quia nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, l. *nemo. 54. ff. de reg. jur.* Atqui Prætor rerum nostrarum dominus non est, *arg. hujus §.* Non ergo directum, sed utile tantum dominium bonorum possessori tribuere potest. Ex quo & alia (*præter eam, qua supra indicata est, num. 2.*) differentia ratio colligitur, cur lex directum heredem & dominum, non autem Prætor, constituere possit: quia videlicet non Prætor, sed lex omnium humanarum rerum domina est, & regina: *ut ex Chrysippo Marcianus scribit in dict. l. 2. ff. de legit.* Nec refragatur dict. l. 1. ff. *hoc t.* ubi Ulpianus respondit, bonorum possessionem dominium rerum tribuere. Nam id non de directo, sed utili; sive de dominio possessionis, non proprietatis, intelligendum est. Nec enim Prætor dominium rerum sive proprietatem tribuit, sed possessionem solummodo & retentionem: *sicuti ibidem monuit Gothofredus, & Cuiacius in Paratitlis.* Porro de istis, & aliis inter bonorum possessionem, & hereditatem differentiis, videantur *Schneidevvinus hic num. 6. Thadeus Pisonum. 3. Forsterus lib. 1. de successione. cap. 5. per totum, & Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 1. quest. 38. item in Resolut. ad Treuler. vol. 2. disp. 16. th. 1. quest. 3. pag. 363. & seqq.*

§. Sunt autem. 3.

§. 3. Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hæ: Prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis hereditatibus Prætor pollicetur: ideoque vocatur secundum tabulas.

tabulas. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur Unde liberi. Secundo, legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt a. decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tam paterni, quàm materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quàm ex filia: frater, sororvè, consanguinei, vel uterini. Quarto, cognatis proximis. Quinto, tanquam ex familiâ. Sexto, patrono, patronæque, libertisque eorum, & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo, cognatis manumissoris.

S U M M A R I A.

- 1 Bonorum possessio contra tabulas adversus quos datur.
- 2 Querela inofficiosi quibus tribuatur.
- 3 Bonorum possessio contra tabulas quibus competat.
- 4 Suis heredibus præteritis, testamentum ipso jure est nullum.
- 5 Rem per magistratum possidere expedit.
- 6 An & quatenus bonorum possessio contra tabulas, filios familias præterito accommodetur.
- 7 Cur ea legitimè exheredatis non datur.
- 8 Vtrum eadem heredi instituto indulgeatur.
- 9 Bonorum possessio contra tabulas ad quid datur.
- 10 De bonorum possessione secundum tabulas.
- 11 Quare hæc bonorum possessio proprie locum habeat in testamento scripo, non in nuncupativo.
- 12 De bonorum possessione Unde liberi.
- 13 Nunquid illa hodie liberis emancipatis sit necessaria.
- 14 De bonorum possessione Unde legitimi.
- 15 De bonorum possessione Unde decem persona.
- 16 De bonorum possessione Unde cognati.
- 17 De bonorum possessione Tanquam ex familiâ.
- 18 De bonorum possessione Unde liberi patroni.
- 19 De bonorum possessione Unde vir & uxor.
- 20 De bonorum possessione Unde cognati manumissoris.

- 1 **E**Xponit Imperator breviter omnes bonorum possessionis species: & primum quidem juris veteris, quo sunt decem: deinde juris novi, quo sunt sex ordinariæ. Quædam autem bonorum possessiones ex testamento, seu potius occasione testamenti deferuntur: quædam verò ab intestato. Ex testamento duæ sunt: *contra tabulas*, & *secundum tabulas*. Bonorum possessio *contra tabulas* datur, non contra scriptos heredes, sed contra tabulas ipsas ligneas, cerâque oblitæ, id est, ipsam testamenti scripturam. Nam etiam si nemo ex heredibus institutis hereditatem adeat: nihilominus tamen hæc possessio concedenda est, *l. illud. 4. l. quod vulgò. 19. ff. de bonorum possess. contra tabul.* Aliud in querela inofficiosi obtinet. Hæc enim non nisi post aditam ab herede scripto hereditatem moveri potest, *l. Papinianus. 8. §. si conditionis. 10. ad fin. ff. de inoffic. testament.* Ratio differentiæ est: quia querela inofficiosi, tantum liberis exheredatis conceditur. *l. si ponas. 23. ff. eod. t. l. non putavit. 8. in princ. ff. de bonorum possess. contra tab.* Ast exhereditatio nisi aditâ hereditate non valet: nec ante eam aditam quispiam exheredatus intelligitur. Bonorum autem hæc possessio competit liberis etiam nondum hereditate aditâ præteritis. Præteritio quippe nihil disponit: ac proinde non opus habet additione hereditatis, per quam confirmetur sicuti exhereditatio. *Anton. Gomez. tom. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 18.*
- 3 Datur hæc bonorum possessio liberis (ut modò dictum) in paterno testamento præteritis, non tantum emancipatis, verum etiam suis. *§. eadem hæc 12. supr. de hered. quæ ab intest. defer. l. is, qui in potestate. 15. ff. de legat. præstand. contr. tab. Accursius & Schneidevvin. hic num. 6. & 7. Schilbock. & Thadeus Piso. num. 5. & alii Interpretes. Alexand. Iason, & cæteri Dd. ferè omnes in l. fin. C. de bonor. possess. contra tabulas. Trentler. vol. 2. disp. 15. th. 3. ibique in suis notis Bachovius. p. 931. & Hunnius. p. 272. & seqq.* Emancipatis autem planè necessaria est: quia jure civili, cum fuerint præteriti, nullum aliud habent

remedium, quo ad hereditatem perveniant. *§. emancipati. 9. supr. de hered. quæ ab intest. defer.* Suis verò non est necessaria: quia aliud ipsis suppetit remedium, quo hereditatem persequi possint, puta jus dicendi nullum. Suis enim præteritis ipso jure nullum est testamentum, *per princip. f. de exheredat. lib. l. inter cætera. 30. l. pen. & ult. ff. de lib. & posthum. l. 1. & l. filio. 17. ff. de injust. rupt. irr. fact. testament. l. ult. in fin. C. de liber. præter.* Est tamen illis etiam utilis hæc possessio: Tum quia expedit, rem possidere per Magistratum. *l. justè possidet. 11. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qui auct. 137. ff. de regulis jur.* Tum quia suus præteritus prævenire potest, & impedire heredem scriptum, petita hac bonorum possessione contra tabulas, quàm si petierit, scriptus ad bonorum possessionem secundum tabulas admitti non poterit. *in fin. d. l. C. de bonor. possess. contr. tab.*

Sed occurrit hoc loco scrupulus, non omnino (meo *judicio*) contemnendus. Cum testamentum, in quo filius familias præteritus est, ipso jure sit nullum, dictis *juribus*: & ea propter rescindi nequeat: nec etiam rescissione suus heres præteritus, utpote qui testamento nullo facto, ab intestato potest succedere, indigeat, *§. 1. supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer.* quomodo ei hæc bonorum possessio, quæ est remedium rescissorium, accommodabitur? Respondendum: filio in potestate præterito, testamentum jure quidem civili nullum esse, sed jure Prætorio valere, *argum. l. posthum. 12. in princ. ff. de injust. rupt. irr. fact. testam. l. 2. §. 1. ff. de bonorum possess. secund. tab. Gloss. hic. & in dict. leg. fin. C. de bonorum possess. contr. tab. Viglius in §. 1. supr. de exheredat. lib. n. 4. & §. non tamen supr. quibus mod. testam. infirm. n. 2.* Et quamvis vulgus Doctorum aliter sentiat, videlicet testamentum, in quo filius familias præteritur, etiam jure Prætorio non subsistere, adeoque bonorum possessionem hanc *contra tabulas* filio in potestate præterito competere, non ad rumpendum, sed ad declarandum testamentum nullum, quemadmodum tradit Gomezius dict. tom. 1. *variar. resolut. cap. 11. n. 5. & eum secutus Michael Grassus in lib. receptar. sentent. §. bonorum possessio. quæst. 20. n. 2.* nostram tamen sententiam contra communem, plurimis juris textibus & rationibus solidè confirmasse videtur Fernandus Vasquius *lib. 2. de successionibus. §. 20. pag. 3. requis. 29. num. 140. & seq.* Firma igitur est conclusio: non solum emancipatis, sed & suis bonorum possessionem *contra tabulas* dari: eâ tamen conditione si præteriti fuerint. Nam legitimè exheredatis non datur, *præallegatâ l. non putavit. 8. & l. sed sub conditione. 18. ff. de bon. possess. contr. tab. l. ult. ff. de liber. & posth.* Ejusque ratio est: quia non temerè voluit Prætor; contra patris certum & expressum judicium, quo filium suum ab hereditate removit, auxilium suum interponendo auctoritatem defuncti impugnare: cum justa exheredationis causa esse possit. *Wesembec. in paratitl. ff. de bonor. possess. contr. tab. num. 3.* Ex quo descendit & illud: quod ne præteriti quidem ad hanc bonorum possessionem semper confugere valeant. Ea enim filio, testamento matris vel avi materni præterito, denegatur. *l. illud notandum. 4. §. ad testament. ff. eod.* Ratio ex supradictis patet: quia præteriti à matre, avovè materno, pro exheredatis habentur. *§. ult. supr. de exheredat. liberor.* Atqui exheredatione notatis hæc possessio non tribuitur. *d. l. non putavit. 8. ff. de bonor. possess. contra tab. d. l. ult. ff. de liber. & posthumis, &c.*

Sed quid de herede instituto dicendum: nunquid ei bonorum possessio hæc dabitur? Nequaquam. Et ratio est: quia secundum tabulas habere possessionem potest. *l. 3. §. si quis ex liber. 11. ff. de bonor. possess. contr. tab.* Fit tamen interdum, ut institutus ad bonorum possessionem *contra tabulas* admittatur: propterea quod alius sit præteritus, qui edictum commiserit, id est, edictum de contra tabulas, instituto aperueri. *d. l. 3. §. si quis ex liberis 11. vers. planè. ff. d. t.* Nec hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, expectant; ut præteriti bonorum possessionem accipiant: cum semel beneficio aliorum, ad id beneficium fuerint admissi. *l. si post mortem. 10. §. ultim. ff. eod.* Atque hoc remedium heredibus scriptis aliquando utilius est, quàm bonorum possessio *secundum*

cundum tabulas : si forte minimâ ex parte heredes instituti sunt. *dict. l. non putavit. 8. §. ult. ff. eod. tit. Grass.*
 9 in d. §. bonorum possessio. *quast. 24.* Datur autem bonorum possessio contra tabulas, ad evertendum & rescindendum patris testamentum. *l. 1. in pr. ff. de legatis præstand. contra tab. & c. d. l. quod vulgò. 19. ff. de bonor. poss. contra tabul. l. ut liberis. 17. ibi, testamento rescisso. C. de collationibus cum similibus.* Rescisso porro testamento, hic subsequitur effectus, ut liberi, in quorum favorem illud rescissum est, ab intestato succedant. *d. l. non putavit. 8. §. ult. & l. cum emancipatus. 13. ff. de bonor. poss. contr. tab. & legata omnia, quæcunque ex testamento relicta sunt, intercidant: exceptis iis, quæ ipsis defuncti parentibus aut liberis, uxori item, nuruique dotis nomine relicta sunt. Hæc etenim legata pietatis intuitu istis personis conservantur. d. l. 1. 2. 3. & passim. de legatis præstand. & l. 1. C. de bonor. poss. contr. tabul.*

10 Transeamus ad bonorum possessionem secundum tabulas : quæ deferitur secundum tenorem testamenti, sive secundum testatoris voluntatem, omnibus jure scriptis heredibus. *l. 2. §. deferitur. 4. l. hi demum. 6. ff. de bonorum possessionib. secund. tab. & hoc §. nostro.* Et hæc bonorum possessio sicut omnium optimo jure nititur, quippe quæ in jure civili & in defuncti voluntate ultimâ fundata sit: ita necessaria in plerisque casibus non est. Nam ut maximè is, qui heres est institutus, bonorum possessionem non petat: tamen nihilominus hereditatem acquirat, quæ omne ipsi jus tribuit, quod ex bonorum possessione habere queat. Enim verò in eo utilis illa creditur: quod juscivile confirmet: cum justius possidere videatur, qui etiam auctore Prætoris possidet. *d. l. juste. 11. ff. de acquir. vel amitt. poss. Vult. lib. 1. Jurispr. Rom. c. 75. & d. s. ad pr. hujus t. n. 11.* Rectè autem cum Justiniano hic dicimus: hanc bonorum possessionem concedi scriptis heredibus. Propriè enim locum habet in testamento scripto, non in nuncupativo. Ratio differentiæ est: quia nuncu-

11 pativum penitus & merè civile est: *§. ult. f. de testament. ordin.* scriptum non item: quoniam in eo quædam sunt prætoria; ut signa septem testium. *§. sed cum paulat. 3. supra dicto titul.* Itaque Prætor scriptum quidem testamentum agnoscit: sed non nuncupativum. Et ipsum scriptum non agnoscit prius, quam sua signa viderit. Quæ si compareant, etiam si alia solennia desint: id tamen testamentum jure prætorio sustinetur: heresque scriptus, acceptâ bonorum possessione secundum tabulas, bona obtinet, non quidem ut heres, sed ut bonorum possessor, id est, heres prætorius. *§. non tamen. 6. supr. quibus mod. testament. infirmantur.* Eademque est ratio in priore bonorum possessione contra tabulas; ut & ipsa appellatio indicat. Veruntamen receptum est, ut nuncupatis quoque heredibus utilis bonorum possessio secundum tabulas detur. *l. final. & ibi Gothofred. Cod. de bonorum possession. secundum tab. l. ult. C. de codicill.* Quod autem hic ex Justiniano addimus, possessionem hanc deferri heredibus jure scriptis: intelligimus sive civili, sive saltem Prætorio, quod septem testium sigilla tantum in testamento requirit. *dict. §. non tamen. 6. f. quibus. mod. testament. infirmat. Duar. ad dict. §. de bonor. poss. secund. tabul. cap. 2. & 3.* Atque hæc de bonorum possessionibus ex testamento.

12 Ab intestato bonorum possessiones tum dantur, cum omnino testamentum factum non est: vel factum quidem, sed quod ne jure quidem Prætorio sustineatur. Et hujusmodi ab intestato bonorum possessiones hic memorantur octo. Prima Unde liberi vocatur: &, parentibus intestatò mortuis, liberis eorum, tam emancipatis, quam suis conceditur. *l. 1. §. 1. & §. rectè autem. 5. l. liberis. 4. & ll. seqq. ff. si tabula testam. nulla extab. l. 1. §. ult. ff. quis ordo in poss. servet. §. emancipati. 9. supr. de hereditatibus qua ab intest. defer. Ulpian. in fragment. tit. 28. §. liberis. & c. Ioan. Kitzelius Disput. 13. repetitionum universi jur. th. 12. lit. b.* Ac sanè suis datur, non tanquam necessaria, cum jure civili hereditatem consequi possint. *l. quemadmodum. 7. ff. de inoffic. testament. §. 1. supr. de hereditat. qua ab intest. defer.* sed ut utilis, propter auctoritatem Magistratûs, *argum. dict. l. juste. 11.*

ff. de acquir. vel amitt. poss. Emancipatis verò prorsus necessaria est: quia jure civili ab hereditate excluduntur. Per hanc autem bonorum possessionem, cum suis heredibus, ad defuncti patris successionem admittuntur. *d. §. emancipati. 9. supr. de hereditat. qua ab intestato defer.* Quæri hoc loco solet: an etiam hodie illa liberis emancipatis sit necessaria? Et necessariam esse, contendit Alciatus *libr. 3. paradoxor. cap. 10.* Verùm contraria longè veterior est sententia, *per Novell. 118. cap. 4.* ubi apertè statuitur, in successione ab intestato nullam ampliùs differentiam inter suos & emancipatos esse. Atqui certissimum est, suos ipso jure civili heredes fieri, *d. et. §. 1. supr. de hered. qua ab intestato defer.* Ergo & emancipati ex jure civili succedent, nec bonorum possessione Unde liberi opus habebunt.

Secunda bonorum possessio ab intestato Unde legitimi¹⁴ appellatur: & agnatis accommodatur, non existentibus defuncti liberis. *l. 2. & tot. tit. ff. & C. unde legitimi.* Agnatorum autem appellatione inprimis hic veniunt illi, qui capite deminuti non sunt. Nam legitimus heredem, si capite deminutus esset, ab hac bonorum possessione summo moveri, palam est, *l. 1. in fine. ff. eod. l. legitimus. §. ff. unde cognati. §. 1. f. de success. cognator.* Deinde inter agnatos legitimos numerantur & alii, qui ex novis legibus, vel Senatusconsultis, ut Tertulliano, aut Orphitiano, ad hereditatem legitimam admittuntur. *d. l. 2. §. ult. cum l. seq. ff. unde legitimi.* Quare ad hunc numerum pater quoque manumissor aggregandus est, quem filii sui legitimus heredem esse, supra audivimus *in §. ult. de legitimâ agnator. success.* Hæc autem bonorum possessio utilis est potius, quam necessaria: quia & legitimi jure civili ad successionem defuncti vocantur; ut ex principio allegati modò tituli libere constat.

Tertia ab intestato bonorum possessio Unde decem per-¹⁵sona dicitur: & decem personis, quæ extraneo manumissori præferuntur, competit. Nam cum olim parens naturalis ad successionem filii emancipati non aliter admitteretur, quàm si contractâ fiduciâ emancipatus esset: fiduciarius pater, sive extraneus manumissor, filii illius intestatò mortui bona occupabat, propter emptionem imaginariam, uno scilicet aut altero nummo factam: ut in *d. §. final. f. de legit. agnat. success. dictum est, & explicat Coras. lib. 6. M. scell. jur. c. 9.* Sed Prætor iniquum nimis esse existimans, hominem alienissimum istius emancipati hereditatem auferre, & propinquis ejus omnibus anteponi, decem illi personas hic enumeratas prætulit. Verùm hæc tertia bonorum possessio ab Imperatore sublata est. *§. sed eas quidem. 4. infr. h. t.*

Quarta bonorum possessio ab intestato cognatis proximi¹⁶ mistribuitur: & Unde cognati nominatur. *l. 1. & tot. tit. ff. unde cognati.* Atque hæc possessio planè necessaria fuit cognatis, utpote quibus nullus jure civili ad successionem amplectendam aperiiebatur aditus. At novissimo jure ampliùs necessaria non est: cum cognati & agnati hodie etiam de jure civili, si modò pares sint gradu, simul succedant: & quod magis est, si propinquiore sint agnatis, soli ad hereditatem vocentur, omnibus agnatis exclusis: ut ex dicta *Nov. 118. c. 4.* ostendimus *supr. in §. ult. de success. cognator. num. ult. & post Anton. Contium lib. sing. de hered. & bonor. poss. docet Heigius hic num. 23.*

Quinta bonorum possessio ab intestato, tanquam ex¹⁷ familia, nuncupatur: & familiæ, hoc est, agnatis patroni si neque ipse patronus, neque ejus liberi extent, in bonis liberti indulgetur: ut rectè hic Theophilus (*quicquid contra dicat Hotoman.*) Eguinar Baro, Cujac. Ferretus, Canciuncula, hosque referens Borcholt. Bachov. n. 2. p. 705. cum seq. & alii decl. eiusq. meminit quoq. Ulpian. in fragm. tit. 28. §. intest. & c. Sed & hæc possessio à Justiniano est sublata *d. §. sed eas quidem. 4. vers. eumq. antea. infr. h. tit.*

Sexta ab intestato bonorum possessio dicitur, Unde liberi¹⁸ patroni: & patrono, patronæ, liberis, parentibusque illorum datur, *Ulpian. d. l. 28.* Hæc verò possessio non videtur fuisse necessaria: quia & jure civili patronus liberti succedebat ab intestato, si nullum suum heredem relinqueret, ut dictum *supr. initio tit. de success. libertor.* Ast hanc quoque possessionem, ut supervacuum, Justinianus de jure recedere

S U M M A R I A.

- videte iussit. d. §. sed eas. vers. cumq. antea. infrâ hoc tit.
- 19 Septima bonorum possessio ab intestato, appellatur *Unde vir & uxor*, eisque attribuitur. l. unic. ff. unde vir & uxor. §. l. unic. C. eod. Eaque in usu remansit, sapè allegato §. sed eas quidem. vers. aliam verò. infr. hoc tit. Sed de hac abundè expositum suprâ ad princip. t. de hered. qua ab intest. deferunt. n. 476. & seqq. Ratio autem, cur hæc earum, quæ hodie obtinent, ultima sit, est illa: quia inter virum & uxorem neque jus naturale seu sanguinis, neque ratio evidens civilis esse videtur. Omnibus tamen legitimis heredibus & propinquis deficientibus, uxor & maritus in hereditate vacante, fisco præferuntur. l. ult. Cod. Theod. de legit. hered. lib. 5. tit. 1. Quinimò secundum quorundam locorum statuta, superstitem conjugem præferri omnibus agnatis & cognatis, præterquam liberis, post Andreæ Gail. lib. 2. observ. 124. tradit Heigius hic n. 25.
- 20 Octava ab intestato bonorum possessio vocatur, *Unde cognati manumissoris*: & cognatis patroni, patronæque in bonis liberti assignatur, Ulpian. d. t. 28. Cæterum hæc possessio etiam à Justiniano evacuata est, ut ex d. §. sed eas quidem. 4. infr. h. t. mox intellecturi sumus.

§. Sed eas quidem, 4.

§. 4. Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermisum est: sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tab. quidem & secundum tabulas, bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato *Unde liberi* & *Unde legitimi* bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat; id est, *Unde decem personæ*: eam pio proposito, & compendioso sermone supervacuum ostendimus. Cum enim præfata bonorum possessio 10. personas præponebat extraneo manumissori: nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contractâ fiduciâ manumissionem facere dedit: ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublatâ igitur prædictâ quintâ bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus: & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio *Tanquam ex familia*; & octavo, *Unde patron. patronæque*, & parentes eorum: utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatûs fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia: sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quam *Unde legitimi*, & *Unde cognati*: ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate, & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum jure soluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ *Unde vir & uxor* appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & tutiore loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque bonorum possessione, quæ erat *Unde cognati manumissoris*, propter causas enumeratas meritò sublatâ: ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.

- 1 Jure novo quot sint bonorum possessiones.
2 Has bonorum possessiones cur Justinianus ordinarias appeller.

Adhuc dictum est de jure veteri, quo decem fuerunt bonorum possessiones: nunc de jure novo, quo sex sunt: duæ ex testamento; *contra tabulas*, & *secundum tabulas*: & quatuor ab intestato: *Unde liberi*: *Unde legitimi*: *Unde cognati*: *Unde vir & uxor*. Atque has sex bonorum possessiones Justinianus Imperator ordinarias in fine hujus §. appellat: non quòd sint juris civilis, sed quòd ordine deferantur. l. 1. ff. quis ordo in possessionibus servetur. §. cum igitur. C. ibi, eosque per ordinem disposuisset. infr. hoc tit. Wesenbec. hic num. 4. Reliquas quatuor ab intestato omnes, nempe tertiam, *Unde decem personæ*: quintam, *Tanquam ex familiâ*: sextam, *Unde liberi patroni*, & octavam, *Unde cognati manumissoris*: sive, si etiam connumeret eas ex testamento; quintam, septimam, octavam, & decimam (ut ordine hic exponitur) tanquam supervacaneas, minusque necessarias, idem Imperator ex usu sustulit atque rejecit.

§. Septima 5.

§. 5. Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exegit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve Principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.

S U M M A R I A.

- 1 Quæ sint extraordinaria bonorum possessiones.
2 Edictales bonorum possessiones decretalibus opponuntur.
3 Requisita bonorum possessionis, Quibus ex legibus, vel ut ex legibus.

Sex ordinariis bonorum possessionibus Justinianus hoc loci septimam extraordinariam opponit, quæ *Quib. ex legibus*, vel, *Ut ex legibus*, appellari potest, l. unic. ff. *Ut ex legibus*, Senatusve consultis bonor. possess. detur. Sunt tamen & aliæ extraordinariæ, quæ decretales dici solent: quia decreto, id est, pro tribunali à Magistratu decernuntur: cujusmodi est Carboniana, ventris item, & litis agnoscendæ causa quæ datur; de quibus diximus suprâ ad principium hujus tit. n. 15. & sequentibus. Et his decretalibus opponuntur edictales: quæ scilicet edicto sunt proposiæ, & sine decreto, ipso jure competunt: ut sunt sex istæ præfate, & etiam hæc septima. Quæ septima haud incommode vocari poterit & ordinaria, si comparetur decretalibus, & extraordinaria, ut hîc, si comparetur sex prioribus, quæ ex ordinariâ certaque causa conceduntur: cum hæc septima ex causa incertâ, putâ ex novâ aliquâ lege pendeat, & deferatur.

Requisita autem hujus bonorum possessionis, secundum magis receptam sententiam, sunt: ut deferatur ex legibus novis: civilibus, non Prætoriis: expressè, & specialiter: neque is, qui eâ utitur, per aliam legem civilem ad hereditatem vocetur. *Exempli gratiâ*: Si per Cæsaream constitutionem in aliquo Collegio vel Universitate Seniori deferatur successio Collegæ, defuncti sine agnatis vel cognatis: certè eo casu ad hanc septimam extraordinariam bonorum possessionem necessariò illi Seniori recurrendum erit: propterea quòd nulla ei competat nominata bonorum possessio: cum nec filius sit, nec agnatus, nec cognatus, nec vir, nec uxor: nec etiam jure civili defuncto succedere possit. Sed de hac extraordinaria

variâ bonorum possessione. post Iasonem in l. fin. C. unde legitimi, &c. videantur hic Mynfingerus & Schneidevvinus, Grassus in lib. receptar. sententiar. §. bonorum possessio. quest. 30. Cuiacius ad l. legitima. 6. ff. de pact. Bocer. class. 3. Disput. 12. thes. 26. ad lit. a. edit. 2. Trentler. vol. 2. disp. 15. th. 5. lit. E. ibiq. Bachovius in suis not. pag. 959.

§. Cum igitur plures. 6.

§. 6. Cum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpè plures extent dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulere: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quam adoptivis, in petendâ bonorum possessione anni spacium, cæteris autem agnatis, vel cognatis, centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit: ejusdem gradûs personis accrescit: vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit: non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

S U M M A R I A.

- 1 Quare petenda bonorum possessioni certum tempus à Prætoris sit præfinitum.
- 2 Ratio differentia inter liberos & parentes.
- 3 Iuri accrescendi ubi sit locus.
- 4 Nemo pro parte testatus: pro parte intestatus decedere potest.

- 1 **P**etendæ bonorum possessioni certum tempus à Prætoris præfinitum est: partim idcirco, ne creditores essent in damno, si diu bona jacerent sine herede, quem convenire possent: partim, ne injuriâ afficeretur defunctus, si nimis citò ejus bona à creditoribus per immisionem bonorum occuparentur, & venderentur, hoc §. nostro. & l. 1. in princ. ff. de successorio edicto. Liberi itaque & parentes, tum naturales, tum adoptivi, bonorum possessionem petere debent intra annum: cæteri autem, agnati vel cognati, intra dies centum, per hunc §. vers. liberis
- 2 itaque, &c. Ratio differentia inter liberos ac parentes, & cæteros; est honor sanguinis: quia, inquit Ulpianus, arcuandi non erant, nec tam facile excludendi, qui penè ad propria bona veniunt, d. l. 1. §. largius. 12. ff. de successorio edicto. Anno isto, vel centum diebus istis elapsis: nec illi, id est, liberi aut parentes, nec hi, id est, cæteri, agnati nimirum vel cognati, admittuntur amplius. Quin & si is, cui bonorum possessio competeat, eam repudiavit: protinus ad ordinem proximum jus illud devolvitur: aut pars repudiata accrescit alteri, qui cum ipso eundem obtinebat gradum, hoc §. vers. & si intra, &c. Vultejus libr. 1. Jurisprud. Roman. c. 75. ad finem.
- 3 Atque ita iuri accrescendi locus est non solum in hereditatibus, & legatis, sed etiam in bonorum possessione, l. 3. §. ultim. & tribus legibus sequentibus. ff. hoc tit. Ratio in bonorum possessione est eadem, quæ in hereditate: ne videlicet quis pro parte testatus, pro parte intestatus decedat. §. hereditas. 5. vers. neq. enim. ff. de hereditibus instituend. ubi id explicui fusiùs n. 9. & seqq. l. jus nostrum. 7. ibiq. Decius & Cagnolus. ff. de regul. jur. ut certè diverso quis jure censeatur ab intestato, hoc est;

hereditas ad unum deferatur ex primo ordine, ad alium ex secundo: quod est absurdum, l. cum, qui ades. 23. & l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionibus. Et huc pertinet tit. C. quando non petentium partes petentibus accrescant.

§. In petenda. 7. & ult.

§. 7. In petendâ autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curret, sed quocunque modo admittentis eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat eorum beneficium.

S U M M A R I A.

- 1 Dies utiles, & continui qui dicantur: quomodo item differant.
- 2 Annus continuus ex quibus diebus conficiatur.
- 3 Dupliciter Prætor sui copiam facere dicitur.
- 4 Dies sessionum qui.
- 5 Bonorum sessionum alia causa cognitionem requirunt: alia non requirunt: & utraque quomodo vocentur.
- 6 Ut in hereditate adeunda solennis ratio, nimirum creatio; ita & in bonorum sessionibus petendis vetus solennitas sublata est.
- 7 Hodie sola declaratio animi, siue qualiscunque testatio amplectenda bonorum sessionis sufficit.

In bonorum possessione petendâ singuli dies utiles computantur, hoc §. nostro. & l. 2. ff. quis ordo in sessionibus servetur. Sunt autem dies utiles, quibus quis delatam sibi possessionem scivit, eamque à Prætoris postulare potuit, l. 1. ff. de diversis & temporalibus prescriptionibus. l. miles. 11. §. sexaginta. 6. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. 2. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. Illis opponuntur dies continui. Dies utiles intelliguntur ex eo tempore, quo quis scivit, se habere jus agendi siue persequendi: continui dies intelliguntur, quàm primùm jus delatum est, si vè is, cui delatum est, sciverit, si vè ignoraverit. Ideoq; illi sunt judiciales, hi etiam extrajudiciales: illi currunt tantùm scienti, non etiam ignorant. Dicuntur verò continui, eò quòd continuò unus ex alio dependet. Et ex continuis trecentis sexaginta quinque diebus conficitur annus, qui vulgaris dicitur. At annus utilitotidem constat diebus, sed ex anno continuo illis duntaxat desumptis diebus, quibus agi potuit: proindeque non nisi multi anni continui utilem faciunt, ut eleganter Vultejus annotavit in §. precedente. n. 4. Igitur dies utiles non sunt continui: quia continuò agi non potest: nec continuò & semper sui Prætor copiam facit. Dupliciter autem Prætoris sui copiam facere, aut jus dicere, non ignorandum est: interdum pro tribunali, cum scilicet res exposcit causæ cognitionem. l. nec quicquam. 9. §. 1. ff. de offic. Proconsul. interdum extra tribunal, siue de plano, hoc est, de inferiori loco, & in viâ procedens etiam, seu in transitu; non in superiore illâ eburneâ tribunalis sellâ: scilicet cum non causæ cognitionem plenam, sed summariam tantùm res desiderat: & magis executione, quàm cognitione indiget: magisque in imperio, quàm jurisdictione consistit, d. l. nec quicquam. 9. §. de plano. ff. dicto tit. l. 1. C. ut in possessionem legatorum, &c. §. 2. supr. de libertin. Wesenbec. hic num. 2. Quibus porrò diebus pro tribunali, in eburneâ curuli sellâ Prætor sedebat: ii dies sessionum scitè appellantur à nostris, d. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in sessionibus servetur. l. 15. cui. §. §. sex autem. ubi Gothofredus. ff. ut in sessionibus legatorum, &c. Duarenus lib. 2. disput. anniverf. c. 16. Jam verò bonorum sessiones quædam causæ cognitionem requirunt: quædam non requirunt. Illæ decretales vocantur, & pro tribunali petuntur; eoque dies sessionum in illis numerantur: hæ nominantur edictales, & de plano decerni possunt; atque ideo in his dies omnes, quibus copia Magistratûs publicè privatèque haberi potuit,

potuit, computantur, *d.l.2. §.1. ff. quis ordo in possess. servetur.* Hujusmodi septem illæ sunt, quæ hoc in titulo proponuntur: illius generis sunt Carboniana, Ventris in possessionem mittendi, & litis agnoscendæ sive ordinandæ causa, de quibus dictum superius ad princ. hujus tit. num. 15. cum sequentibus. Et ita quoque docent Hotomannus hic, & Wesenbec. num. 4.

- 6 Caterum quemadmodum in hereditate adeundâ solennis ratio, quæ cretio dicebatur, est sublata, ut obiter admonuimus in §. fin. s. de heredum qualitatibus & different. ita & in bonorum possessionibus petendis vetus solennitas, utpote plus æquo scrupulosa, exauctorata est. Nam olim solennia quædam verba in petenda bonorum possessione omnino erant necessaria, arg. l. 1. ibi, si solenniter petierint bonorum possessionem. C. communia de successione. nec peti illa poterat, nisi apud Magistratum populi Romani, & non apud Magistratum municipale, ut indicat, l. ult. C. qui admitti ad bon. possess. possunt, & Barn. Brissoni lib. 5. de formulis, &c. pag. mihi. 407. Sed hodie sine ullis solennibus potius admittitur, quam petitur. Satis enim est ei, cui bonorum possessio competit, intra legitima tempora adire quemlibet judicem, seu Magistratum, & non tam ab eo petere, quam ostendere sive declarare suum animum & voluntatem amplectendæ bonorum possessionis, *d.l. ult. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt.* Atque hinc est, quod dictus tit. C. ita concipiatur: *Qui admitti &c. & non, Qui petere bonorum possessionem possunt;* & hic in fine Justinianus scribat: *Sed quocumq; modo admittentis eam, &c.* Verum eâ de re videatur Bachovius hic pag. 714. & in suis not. ad vol. 2. Trentler. Disput. 15. th. ult. lit. K. pag. 976. & seq.

DE ACQUISITIONE PER ARROGATIONEM.

TIT. XI.

Est & alterius generis per universitatem successio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

§. 1. Ecce enim cum paterfamilias sese in arrogationem dat: omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, arrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur: exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt: quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis. Usus etenim & usufructus, licet his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.

§. 2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per arrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filios familiarum acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio arrogato in adoptiva familia, etiam dominum rerum ejus ad arrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt antecedant.

§. 3. Sed ex diverso, pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso qui-

dem jure arrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio tituli ad præcedentes.
- 2 Acquisitio per arrogationem quo jure introducta.
- 3 Olim arrogator omnia arrogati bona pleno jure acquirebat.
- 4 Hujus juris limitatio.
- 5 Operarum conditio personalis.
- 6 Opera libertorum duplices: fabriles, & officiales.
- 7 De quibus operis hic agatur.
- 8 Cur agnationis jus capitis deminutione perimatur.
- 9 Personalalia cum personâ extinguuntur.
- 10 Usus & usufructus hodie arrogatori acquiruntur.
- 11 Imò jure novo arrogator in bonis arrogati adventitiis nudum usufructum habet.
- 12 Arrogato tamen sine liberis & fratribus mortuo, bonorum ejus arrogator plenus dominus efficitur.
- 13 Nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur.
- 14 An pater filio succedens, ejus debita persolvere teneatur.
- 15 Creditores in bona debitoris indefensi à Prætoribus immittuntur.
- 16 Ut pars hereditatis; ita & pars bonorum, universitas quadam censetur.

Dictum est supra in §. finali tit. per quas person. cuiq; 1
acquirat. quatuor esse modos sive species acquisitionis per universitatem: nempe hereditatem, bonorum possessionem, arrogationem, & additionem. Duæ priores jam explicatæ sunt: hereditas, & bonorum possessio: sequitur ergo tertia, quæ est arrogatio. Hæc 2
autem per arrogationem acquisitio, neque jure civili, ut hereditas, neque jure Prætorio, ut bonorum possessio, sed ex jure non scripto, sive consuetudine & moribus introducta est, per principium hujus tit. Ejusque ratio videtur: quia patriâ potestate, quæ moribus est instituta & recepta, nititur, initio tit. ad finem. supr. de pupillari substit. l. patre furioso. 8. circa principium. ff. de his, qui sui, vel alieni jur. sunt. De hac verò acquisitione duo distinguenda sunt jura. Veteri namque jure 3
is, qui alium arrogaverat, omnia arrogati bona pleno jure consequeretur, §. 1. hoc tit. Ratio est: quia cum persona & caput ipsum, abeat in potestatem arrogatoris: per consequens, & quidem multò magis, illius bona & fortunæ cum capite transeunt, l. si paterfamilias. 15. in princip. ff. de adoptionib. l. qui ex liberis. 11. §. testamento. 2. ff. de bonor. possess. secund. tabul. Excipiebantur ea, quæ minimâ capitis deminutione intereunt: 4
ut operæ, ut jus agnationis, ut olim usus & usufructus, d. §. 1. vers. exceptis iis, &c. hoc tit. Ratio, cur hæc arrogatori non quærentur, est: quia arrogatione, quæ & ipsa est quædam capitis deminutio, extinguuntur; ut proinde acquiri non possint, utpote extincta. §. minima. 3. supr. de capit. deminut. Quare autem operæ per capitis deminutionem pereant, ratio illa est: quia operarum conditio est personalis, & certæ debentur personæ, ut patrono à liberto. Quæ persona si capitis deminutione mutatur: & ipsæ operæ, propter personam mutatam extinctamvè, deberi desinunt. Caterum sciendum 6
est: operas libertorum esse duplices: fabriles, quas & artificiales vocant, & officiales. Illæ certâ in arte, veluti pingendi, scribendi, medendi, coquendi, fabricandi politæ sunt: hæc verò in humanitatis officio, quibuscunque rebus præstando, consistunt. Illæ cuilibet à quovis patroni jussu præstari possunt: veluti ut domum libertus ædificet, ab alterovè non minùs perito ædificandam curet: hæc verò & à solo liberto, & soli patrono navari queunt; ut ei præstò sit, quibuscunque rebus inserviat, ad mensam ministret, comitem se adjungat, &c. Hujus igitur loci sententia intelligi debet de operis officialibus, 7
(1)

DE EO, CUI LIBERTATIS
CAUSA BONA ADDI-
CUNTUR.

T I T. XII.

bus, quæ solæ sunt personales, eoque ad alios minimè transeunt, *argument. §. solvitur. §. infr. de societate. l. usus aqua. 21. ff. de usu & habitat. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. & c. privilegium. 7. ext. de reg. jur. in 6. non de fabrilibus seu artificialibus, quæ cuivis à quoque exhiberi possunt: ut sunt operæ servorum, quæ capitis deminutione non amittuntur, l. 2. ff. de operis servor. & ad heredes extraneos transeunt: cum sint reales, nec personam patroni tantum concernant, l. fabriles. 6. & l. 8. opera. 9. ff. de operis libertor.*

Quam autem ob causam agnationis jus capitis deminutione perimatur, à nobis explicatum est, in §. ultim. numero 3. §. de legit. agnator. tutel. quia scilicet agnatio civilis est, l. Jurisconsultus. 10. §. inter agnatos. 4. ff. de gradibus & affinibus. ac ea propter tollitur per capitis deminutionem, item civilem, l. eas obligationes. 8. ff. de cap. minut. Cur denique usus & usufructus olim capitis deminutione tollerentur, adeoque arrogatori non acquirerentur, ratio indicata est in §. finitur. 3. §. de usufructu: quia hæc duo jura sunt personalia: proindeque cum personam extinguuntur, ut & modo de operis dictum. At persona per capitis deminutionem tollitur civiliter, l. verum. 63. §. fin. ff. pro socio. Planè hodie usus & usufructus arrogatori acquiruntur: quandoquidem minimam capitis deminutionem non amplius perimuntur, sed maximam tantum, & mediā, d. §. finitur. sup. de usufructu. & l. penultim. C.

11 eod. Quinimò jure novo, id est, ex constitutione Justiniani, non omnia arrogati bona transeunt ad arrogantem. Nam bonorum adventitiorum solum is usufructum adipiscitur, remanente dominio vel proprietate penes ipsum arrogatum, §. nunc autem 2. hoc. tit. Cujus ratio perspicua est: quoniam non debet esse melioris conditionis pater adoptivus quam naturalis. At jure novo ad naturalem patrem duntaxat usufructus adventitiorum pertinet, §. 1. sup. per quas personas cuius acquirat. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, qua liberis, & c.

12 Etsi verò rerum adventitiarum solum usufructum arrogator, vivente arrogato, habet: eo tamen sine liberis & fratribus in adoptivā familiā mortuo, arrogator bonorum ipsius plenus dominus efficitur, d. §. 2. vers. mortuo autem. hoc. tit. & l. ultim. Cod. communia de successionib. Sin autem is, qui in arrogationem acceptus est, aliquid debuerit: ipso quidem jure arrogator pro eo non teneatur: sed nomine filii arrogati conveniri potest, §. 3. hoc. tit. nostro. Ratio, cur ipso jure non teneatur, est: quia nec filius pro patre, nec pater pro filio obligatur jure civili, tit. Codic. ne filius pro patre, vel pater pro filio, & c. & tit. infr. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium, & c. Ratio rationis: quia pater ipse non contrahit, sed ipse filius. Atqui ex alieno contractu nemo, nisi heres

14 obligatur, l. quacunq. 11. ff. de obligat. & actionibus. At pater filio succedens, non est heres: quippe cum bona ejus occupet jure patrio sive peculii, & non jure hereditario. l. 2. ff. de castrens. pecul. Quia tamen bona filii ad patrem perveniunt: æquitas naturalis postulat, ut & debita pater ejus persolvat, ex reg. jur. l. secundum naturam. 10. ff. de R. l. Porro si arrogator filium defendere nolit: permittitur creditoribus, ut auctoritate competentium magistratuum bona, quæ filii arrogati cum usufructu futura erant, si sese in arrogationem non dedisset, possideant, legitimoque modo ea disponant, tradente Justiniano in fine hujus tituli. Est enim juris regula: creditores ex Prætoris edicto mitti in possessionem bonorum ejus, qui non defenditur. l. 2. & tot. tit. ff. quibus ex caus. in possess. eatur. Denique hic obiter notandum: etsi hodie non omnia patri acquirantur per arrogatum, sed usufructus tantum bonorum adventitiorum, ut monitum supra num. 11. rectè tamen adhuc dici, hanc acquisitionem per arrogationem, esse per universitatem & non rerum singularium. Nam ut pars hereditatis etiam est hereditas, & universitas quædam: ita & de parte bonorum judicandum, auctore Rittershusio hic in fine pag. 388. Vide omnino Locamerum questionum juridicar. fascic. 34. quest. 6.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa; audiuntur.

§. 1. Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in eā causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant: is, cujus de eā re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directò, quam earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratiā addicantur tibi: si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hereditas adita esset: si autem, quos heres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur: ita, ut si non aliā conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum aliā ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui rebus nostris attendunt, sciant commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hereditas ex testamento adita esset.

§. 2. Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur, & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta: cessat bonorum venditio. Existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.

§. 3. In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datæ sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neq; adita sit ab intestato hereditas: an favor constitutionis debebit locum habere? Certè si intestatus decesserit, & codicillis dederit libertatem: competere eam, nemini dubium est.

§. 4. Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non: cessabit constitutio. Si verò certum esse cœperit, neminem existere: tunc erit constitutioni locus.

§. 5. Si is, qui in integrum restitui potest, abstinerit hereditate: an quamvis potest in integrum restitui, possit admitti constitutio, & bonorum addictio fieri? Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causa factam, in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum, revocari libertates: quia semel competierunt.

§. 6.

§. 6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sunt datæ: cessat hæc constitutio. Quid ergo, si virus dederit libertates, vel mortis causa: & ne de hoc quærat, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sint? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficient verba constitutionis.

§. 7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus: lata est à nobis plenissima constitutio, in quâ multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

S U M M A R I A.

- 1 Ratio ordinis, sive connexionis hujus tituli cum precedentibus.
- 2 Additio bonorum libertatum conservandarum causâ, quando locum habeat.
- 3 Liberti Orcini qui.
- 4 D. Marci constitutio, de testamento agens, etiam ad libertatem codicillis, ab intestato, inter vivos, & mortis causâ datam, Iustiniani lege porrigitur.

1 **E**Xpeditis tribus modis, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: restat nunc dicendum de quarto & ultimo acquisitionis universalis modo, qui dicitur *additio bonorum libertatum conservandarum causâ*. Et hæc acquisitio neque ex lege 12. tabul. sive jure civili, neque ex edicto Prætoris, neque ex populi consensu sive moribus & consuetudine, velut proximè præcedens, sed ex constitutione divi Marci Imp. descendit, *initio hujus tit.* §. 1. si hereditas. 6. §. 1. ult. C. de testamentaria manumiss. l. 2. §. 4. ff. de fideicommissar. libertatibus. Imprimis autem hæc bonorum additio locum habet, quando facto testamento, libertates directæ, vel per fideicommissum à defuncto relicte sunt, §. 3. h. t. Etenim si fortè, propter magnitudinem æris alieni, nemo ex scriptis heredibus adire velit hereditatem: ne libertates destituto testamento perirent, divus Marcus humanissimè constituit: ut, si vel extranei, vel etiam servi, quibus libertas à defuncto adscripta est, à iudice competenti bona defuncti sibi addici seu adjudicari peterent: bonorum additio petentibus fieret. Quâ factâ; servi quidem directè à defuncto manumissi, perinde libertatem accipient, ac si hereditas ab herede scripto adita esset; hoc est; fient liberti Orcini, sive liberti testatoris, ad Orcum euntis: ii verò, quibus fideicommissaria libertas data est, ab iis, quibus bona addicta sunt, manumittentur, eorumque liberti fient. Interim tamen illi, quibus bona defuncti debitoris addicuntur, creditoribus idoneè cavere coguntur de solido (id est, tum de sorte, tum de usuris) quod cuique debetur solvendo, §. 1. h. t. Idoneè autem cavere, est cavere datis fidejussoribus, vel pignoribus. Sed & si fides habita fuerit nudè promittenti: idoneè cautum videbitur. *Qua de re prolixè Ulpianus in d. l. 4. §. addici. §. seqq. ff. de fideicommiss. libert.*

4 Quamvis autem verba rescripti seu constitutionis divi Marci de testamento tantum agant: ejus tamen sententiam Imp. noster hîc in d. §. 3. §. 4. §. 6. etiam ad libertatem codicillis, ad libertatem ab intestato, ad libertatem inter vivos, & mortis causâ datam extendit. Nam par est, eademque omnium ratio, favor sc. libertatis, cujus tuendæ & conservandæ causâ hæc acquisitio vel successio potissimum inducta est: adeo, ut si nulli data fuerit libertas, huic successioni non sit locus; quemadmodum circa finem hujus tituli Justinianus indicat: ubi etiam simul asserit, jus additionis bonorum à divo Marco institutum, à se multum amplificatum esse, *dict. l. ult. Cod. de testamentaria manumiss.* Atque isthanc bonorum additionem plenissimè interpretatur & explicat Cûnradus Rittershusius hîc

pag. 389. §. seqq.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

TIT. XIII.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones, qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis, per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant. Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est: ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt: & tantummodò creditoribus datur officio iudicis bona possidere, & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.

§. 1. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio: cum libera mulier servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostrâ civitate deleri, non inseri nostris Digestis concessimus.

S U M M A R I A.

- 1 Duo alii, præter superiores, per universitatem acquirendi modi.
- 2 Successio per bonorum venditiones quales olim habuerit ambages & solennitates.
- 3 Iudicia ordinaria, itemque extraordinaria quæ.
- 4 Quomodo hodie adversus debitorem procedatur.
- 5 Pœna mulieris, quæ servo se alieno conjunxerat, ex Senatusconsulto Claudiano descendens, per Iustinianum sublata.
- 6 Contra juris rationem receptum non est producendum ad consequentiam.
- 7 Cur de viris nihil caverit SC. Claudianum.
- 8 Quibus casibus iura occurrere soleant.
- 9 Quid statuendum, si mulier servo proprio se commiscuerit.

1 **P**ræter jam expostas quatuor per universitatem acquirendi species, fuerunt olim & duo alii modi, quibus titulo universalis res acquirebantur, videlicet successio, quæ fiebat per venditiones bonorum debitoris, & quæ ex Senatusconsulto Claudiano mulier libertatem & facultates suas amittebat. Nam olim debitore non existente solvendo, & latitante, nec idoneum defensorem habente, creditores à Prælore bonorum possessionem postulabant: eaque impetrata, bona ad dies aliquot possidebant. Postea rursus Prælorem adibant petentes, ut ex ipsorum numero aliquis magister, id est, curator bonorum constitueretur, qui bona obarati debitoris proscriberet rerumque omnium vendendarum negotium susciperet. Proscribat autem magister bona debitoris, in celeberrimis quibusque totius Urbis locis ad hunc modum: *Cajus Lucius debitor noster, in eâ causa est, ut bona ejus divendi debeant: Nos creditores patrimonium ejus distrahimus: quicumque emere volet, adesto.* Proscriptione factâ, post paucos dies tertium à Prælore petebant, ut sibi liceret legem, quam vellent, venditioni addere. Atque ex eo tempore magister legem venditioni adjiciebat, hoc modo: *Creditores qui bona Caji Lucii proscripserunt, cum emptore bonorum, si quis accesserit, decident, hoc est, pactum facient: quod dimidiâ, tertiâ vel quartâ parte crediti contenti erunt.* Et si emptor secundum legem istam satisfacere creditoribus paratus erat: totum debitoris patrimonium ei addicebatur; bonorumque

(I 2)

emptor,

emptor, & universalis debitoris successor dicebatur: actionesque omnes, quæcunque debitori prius competierant, ei, & contra eum dabantur, ut *Theophilus hic*, *Antonius Continus lib. 1. disputation. jur. capite 12. & Marcus Cicero in oratione pro Quintio*, & alique luculenter explicant. Atque hæc solennis bonorum impetratio & venditio tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant, hoc titulo nostro. Vocabantur autem ordinaria judicia, quæ certis, solennibus, præscriptisve formulis exercebantur: extraordinaria verò, in quibus formularum & ordinis ratio non habebatur. De quibus formulis bellè & argutè Barnabas Brissonus in tractat. de formulis & solennibus populi Romani verbis. libr. 5. Sed postquam populus Romanus judiciis extraordinariis uti cœpit: cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt, ut *Iustinianus hic testatur*. Ac hodie creditores simpliciter, porrectâ suâ petitione, narrant: quomodo, & ex quâ causa debitor sibi obligatus sit, vel quâ ex causa rem petant. Et si tunc debitor peremptoriè citatus, contumaciter se judicio subtraxerit: illi, implorato judicis officio, mittuntur in possessionem rei petita in actione reali, aut hypothecariâ vel in possessionem bonorum debitoris, in actione personali, pro quantitate & portione æris alieni. Hocque modo ad primum & ad secundum decretum, vel etiam ad venditionem bonorum; si scilicet adhuc debitor copiam sui publicè facere detrectet, proceditur; ut notatur in *Authent. & qui jurat. Cod. de bonis auctorit. jud. possid. itemque Novell. § 3. cap. 4. §. 1. Et eâ de re pereleganter Wesenbecius in Paratit. Digestor. tit. de damno infect. num. 4. & seqq. item tit. quibus ex causis in possess. eat. & tit. de rebus auctoritat. judic. possidend.*

Erat & alter olim successionis universalis modus ex Senatusconsulto Claudiano inventus: quo mulier libera quæ servo se alieno junxerat, libertate & bonis privabatur: & dominus servi in universum ejus jus succedebat. Non tamen antè fiebat serva, quam ter ei esset denunciatum, ut à servo alieno abstineret; & tandem à iudice pronunciatum, sicuti *Theophilus hic docet. & Cujacius lib. 2. 1. observat. cap. 16*. Sed illud cum Imperator noster religiosissimus impium; suisque temporibus indignum judicasset: meritò sustulit. *l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claudiano tollend.* Quod enim contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam. *l. quod verò. 14. ff. de legibus. & l. quod contra. 141. ff. de regulis juris*. Atqui ab hostium ferocitate, contra naturalem libertatem inductum est, ut homines in servitutem deducantur. §. sed jus quidem. 2. vers. jus autem gentium. supr. de jure nat. gent. & civil. §. servitus. 2. §. de jure personar. *l. libertas. 4. §. 1. ff. de statu hominum*. Igitur ad libidinem nequissimorum hominum inferendum non erit: ne fragilitate sexûs decepta mulier, & infano servi amore percita, vel (ut ipse loquitur *Iustinianus*) infelici cupidine capta, non sine natalium suorum, totiusque familiæ dedecore, in servitutem redigatur, dict. *l. unic. Cod. de Senatusconsulto Claud. tollendo*. Vide *Petrum Ostermannum hic in suis rationalibus. pag. 60. & seqq.* Observandum porro est: Senatusconsultum Claudianum tantum fuisse de mulieribus, non etiam de viris. Nam si liber homo alienæ ancillæ contubernium sequatur: licet ei fuerit denunciatum, ut se abstineret: servus tamen domini mulieris non fit. *l. si liber. 3. C. de liberali caus.* Ratio, cur de viris nihil caveat Senatusconsultum, hæc esse videtur: quia fœminæ propter sexûs fragilitatem facillè peccant. Solent autem leges & jura iis potissimum casibus occurrere, in quibus crebrius delinquitur, argum. *l. 3. & seqq. ff. de legib. & notat hic Rittersbusius pag. 393. vers. deinde observandum, &c.* Denique cum senatusconsultum illud de alieno tantum servo fuerit: quæri non incommode potest: quid juris fuerit, si fœmina proprio se servo commiscuisset? Et ejus facti pœna ex utrâque parte capitalis fuit ex constitutione Imp. Constantini. Namque servus ignibus quidem tradebatur: mulier verò capitali sententiæ subjugabatur. *l. unic. C. de mulieribus qua se propriis servis junxerunt. Eâque de re accuratius tractat Cujacius d. lib. 21. observat. cap. 16.*

DE OBLIGATIONIBUS.

TIT. XIV.

Principium Tituli.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio hujus tituli ad præcedentes.
- 2 Obligationes an rectè ad res referantur.
- 3 Obligatio est mater actionis.
- 4 Ex obligatione, & ex dominio qualis actio nascatur.
- 5 Omnis rerum tractatio à definitione proficisci debet.
- 6 Obligationis definitio, ejusque explicatio.
- 7 Bona definitio constat ex genere & differentiâ.
- 8 Obligatio quale vinculum.
- 9 Creditor quis, quis item debitor appelletur.
- 10 Debitum vel in dando, vel faciendo consistit.
- 11 Dare & facere in jure opponuntur.
- 12 Obligationum substantia in quo sit posita.
- 13 Differentia inter acquisitionem & obligationem.
- 14 Obligatio ex alienâ voluntate pendens, non est obligatio.
- 15 Sententia l. sub hac conditione. 2. ff. de obligat. & act.
- 16 Initio quod vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.
- 17 Alienatio fundi dotalis à marito facta, quatenus valeat.
- 18 Explicatio l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. obligat.
- 19 Rei verbum generaliter accipiendum.
- 20 Solutio rei quomodo fieri debeat.
- 21 Emptor quatenus venditorem habeat obstrictum, ad rem venditam tradendam.
- 22 Aliud pro alio creditori invito solvi non potest.
- 23 Particularis solutio non admittenda.
- 24 Obligationis definitio de quâ obligatione sit accipienda.
- 25 Obligatio alia civilis sive propria, alia naturalis & impropria.
- 26 Quæ sit inter utramque differentia.
- 27 Exempla naturalis obligationis.
- 28 Intellectus l. naturales. 10. ff. de obligat. & act. item, l. fidejussor. 16. §. naturales. ff. de fidejussor.
- 29 Naturalis obligationis effectus.
- 30 Definitio, rei definita substantiam non complectens, vitiosa.
- 31 Actio quomodo definiatur.
- 32 Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, mala.
- 33 Res non secundum varietatem accidentium definienda.
- 34 Definitio bona non egreditur suum definitum.
- 35 In definitione nullum verbum debet esse superfluum.
- 36 Quæ juris sunt, incorporalia dicuntur.

Continuatio hujus tituli dependet ex secundo titulo libri secundi. Ibi enim Divus Justinianus Imp. quasdam res corporales, quasdam verò incorporales esse, ut servitutes, hereditates, & obligationes, disertè docuit. Explicatâ itaque hætenus abundè satis servitutum ac hereditatum doctrinâ: reliquum est, ut & de obligationum materiâ, & utili & frequenti, sermo institueretur. Atque ex succincta hac ordinis demonstratione ad oculum liquet: erroneam eorum esse sententiam, qui obligationes non ad res, sed vel ad personas, *Loriot. de jur. art. tractat. 17. de pact. axiom. 2. Vultejus hic num. 8. & lib. 1. disceptat. Scholast. cap. 4. & 16. & lib. 1. Inrisprud. Roman. cap. 26.* vel ad actiones, *Theophilus, Accurs. Nicasius, Angelus Aretin. Ioan. de Platea, Nicolaus de Neapolis, Portius, & alii in hoc princip. eosque laudans Petrus Ricciard. ad rubricam hujus tit. num. 6. & seqq. referunt*, hac potissimum ratione moti; quod obligatio sit mater actionis. *l. licet in popularibus. 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procuratoribus.* ubi habetur, obligationem parere actionem: & consequenter probatur, illam esse matrem actionis. Etenim ex hac ratione sequeretur: ea etiam, quæ *lib. 1. & toto lib. 2. tractantur*, actionibus annumeranda esse: quippe cum & matrimonium, & tutela, de quibus in *lib. 1. & dominium, de quo in lib. 2. & 3. usq. ad hunc tit. agitur*, mater actionis non inscitè dicatur. Nam quemadmodum ex obligatione actio in personam; ita ex dominio actio

actio in rem nascitur. §. 1. *infr. de actionibus*. Sed & minime sequitur: ex obligatione est actio in personam; igitur est jus personæ. Longè siquidem aliâ ratione dicitur actio in personam, aliâ jus personæ. Hoc enim statum & conditionem personæ denotat: illa autem verba in personam circumstantiam, non statum, significant, ut explicatum est uberius supr. ad tit. de reb. corporalib. & incorp. n. 35. cum seqq. & quoque tradunt D. Arimæus Exercit. Instin. 12. thes. 2. & 3. Jacob. Schegk. in delibatis jur. Disp. 15. thes. 1. & seqq. Reinerus Bachovius hic n. 2. p. 725. & lib. 1. Disput. Miscell. cap. 2. Forster. junior Disput. 2. ad Instit. thes. 1. Timæus Faber disp. 22. ad Institut. Imperial. th. 1. Iustus Schütz. exercitation. jur. disp. 13. th. 1. lit. b. pag. 193. Tobias Nonius hic in rubr. n. 15. Ioan. Zabelius exercit. feud. 7. conclus. 1. sub lit. A. Wegner. disput. 10. thes. 1. ad lit. a. Gædd. de contrah. & committ. stipulat. conclus. 3. num. 15. Fomannus Disputat. 19. in continuat. Nigerdin. lib. 3. Disp. 2. thes. 1. quæst. 1. & 2. Hilliger. diligens Donelli enucleator. lib. 12. c. 1. lit. A. Schickhardus Disp. ad Instit. 12. thes. 1. lit. a. & in resolut. quæst. 1. & Valentinus Riemer. decad. 9. quæst. 1. ubi elumbibus ac plumbeis Vultejii dissentientis argumentis abundè satisfacit. Caterùm an & quatenus obligatio sit persona, noviter operose exponit Erasmi. Ungepaur exerc. inst. 10. quæst. 1. pag. 375. & seqq. edit. ult.

- 5 Quoniam porro omnis, quæ à ratione suscipitur, rerum tractatio à definitione proficisci debet: ut, quid sit id, de de quo disputatur, melius intelligi possit, auctore Cicerone lib. 1. officior. idcirco haud inconcinne & Justinianus hic de obligationibus verba facturum, earum definitionem præmisit, hanc nimirum: *Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda, secundum nostræ civitatis jura*. Verùm cum omnis bona & accurata definitio ex genere & differentiâ constet; ut, post Logicos, declarant Bartolus in l. 1. num. 2. ff. de testament. Hieronymus Cagnolus in l. omnis definitio 202. num. 28. ff. de reg. jur. & Everhard à Midelburgo in locis suis legalib. loc. à definit. n. 3. paucis dispiciendum est, an id hac in definitione fuerit observatum. Inquit igitur Imperator: *Obligatio est vinculum*: quod loco generis positum est. Omnis namque obligatio est vinculum. l. si fidejussor. 39. ff. de condit. indebit. At non omne vinculum est obligatio: quia funis sive restis, & aliæ ejuscemodi res materiales, & copula, quibus vel homines, vel bestię vinciuntur, vincula quidem dicuntur, non tamen obligationes sunt. Ideoque ut isthæc excluderentur, vocabulum juris est adjectum: quod nimirum obligatio sit vinculum juris, hoc est, vinculum incorporale & intellectuale, sive jus vinciens & ligans, ut post glossam hic interpretatur Nonius num. 3. Per obligationis etenim nexum homo alteri obligatur, & ad præstandum id, quod in contractum deductum est, adstringitur, Schneid. hic n. 16. Adhæc obligatio potius vinculum, quàm vinctio dicitur: ut non actus obligandi significetur; sed æquum quiddam perpetuò durans, dum ab eo nexu absolvamur: quemadmodum ex Barone lib. 1. de divid. oblig. c. 4. notavit Hilliger. d. lib. 12. cap. 1. lit. D. Caterùm qui istiusmodi iuris vinculo alium obstrictum habet, creditor vocatur: & quitali vinculo alligatus tenetur, debitor propriè appellatur. l. creditores. 10. & duab. seqq. ff. de verb. signif. Ille dicitur quoq; reus credendi: hic verò reus debendi. l. 1. ibique Gothofredus ff. de duob. reis constituend. l. stipulationum. 5. in princip. vers. conventionales. ff. de verb. obligat. l. idem est. 10. & l. si duo. 16. in princip. ff. de constit. pecun. l. si cum dotem 22. §. ff. solut. matrim. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 34. num. 9. & seq. pag. 126. Atque illud ipsum, quod vi obligationis solvendum & præstandum est, debitum & deberi propriè dicitur. l. 1. §. debitum. 7. & §. seq. ff. de constit. pecun. d. l. creditores. 10. & seqq. ff. de verbor. significat. idque in dando, vel faciendo consistit. leg. obligationum. 3. in princip. & l. actionum 25. in princip. ff. de obligat. & action. leg. 2. in princip. ff. de verborum obligationib. §. 1. ibi, dare aut facere. *infr. de actionibus*. In dando consistit debitum, si debitor rem creditoris facere, hoc est, rei debitæ dominium in ipsum transferre tenetur. l. ubi autem. 75. §. fin. ff. de verb. obligat. l. ex empto. 11. §. 2. ibique Gothofred. ff. de actionibus empt. & vend. l. 1. in princip. ff. de rer. permutat. l. non videntur. 167. ff. de regul. jur. §. sic itaque discretis. 14. *infr. de actionibus*.

In faciendo debitum consistit, si debitor obligatus est ad factum, quo dominium in creditorem transferre non cogitur. Cum enim dare & facere in iure opponantur; & dare sit propriè dominium transferre: d. §. sic itaque discretis. 14. *infr. dict. tit. d. l. ubi autem. 75. §. ult. ff. de verb. obligat. l. non videntur. 167. ff. de reg. jur.* sequitur inde, factum propriè esse, quo dominium non transfertur Donell. ad d. l. 2. num. 6. ff. de verb. obligat. & ibidem Cujacius hosq; referens D. Collega Bocer. class. 2. Disp. 1. thes. 5. ad lit. a. edit. 2. & in hoc tit. num. 10. pag. 114.

Apposita sunt definitioni & illa verba: *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda*. Quæ verba differentie specificæ loco addita, ad ipsam obligationis substantiam, finem & effectum pertinere censentur. Obligationum siquidem substantia, Paulo Iurisconsulto attestante, non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum, obstringat. d. l. oblig. 3. in princip. ff. de oblig. & act. Unde insignis inter acquisitionem & obligationem differentia patet: puta quod usus sive finis acquisitionis est, ut aliquid nostrum fiat: obligationis est, ut aliquis ad dandum vel ad faciendum nobis adstringatur, docente hic Giphano. Sec & hic ius sive iuris vinculum, sicuti vim, necessitati conferri; & liberæ voluntati arbitrioque opponi, cognoscimus. §. 1. *supr. de fideicommiss. heredit.* Quare obligatio, quæ ex alienâ voluntate, aut alieno arbitrio pendet, obligatio non est, l. stipulatio. 17. & l. à Titio. 108. §. ult. ff. de verb. obligat. l. hæc venditio 7. ff. de contrah. empt. & l. in vendentis. 13. C. eod. Verbi gratiâ si quis ita stipuletur, *dabis*? & alter respondeat; *dabo, si voluero*: non contrahitur obligatio. Ratio: quia voluntarium est, non necessarium vinculum: vel quia pro non dicto est, quod dare, nisi velis, cogi non possis, ut eleganter loquitur Pomponius in leg. sub hac conditione. 8. ff. de oblig. & act.

Nec quicquam movet in contrarium, quod in d. modo l. 8. subicitur: *heredem promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, non teneri: quia hæc conditio in ipsum promissorem nunquam extiterit*. Ex quibus verbis colligere promptum est: heredem ejus, qui promisit dare, si volam aut voluero, teneri, si conditio in ipso promissore extiterit, id est, si promissor, priusquam vitâ excederet, dare voluerit. Hæc igitur promissio, *dabo, si voluero*, vinculum iuris habet, & propterea obligat, necessitatemque solvendi adfert. Hoc, inquam, nihil movet in contrarium: quia promissio hoc modo facta; *dabo, si voluero*, ab initio iuris vinculum non obtinet, planèque nulla est. d. l. sub hac conditione. 8. in princip. ff. de obligat. & action. Sed si promissor ex post-facto, antequam moreretur, suam voluntatem, quod dare vellet, declaraverit: tunc utilis est stipulatio: quoniam conditio in ipso promissore extitit: ac proinde heres ipsius tenetur, d. l. 8. circa finem. ff. eod. Neque huic reclamant pervulgata regula iuris: quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest. l. quod initio. 29. & l. que ab initio. 210. ff. de reg. jur. Hæc enim regula Catonis est, ad legata pertinsens & institutiones, non ad contractus, ut notavimus ad §. 1. n. 15. *supr. de usucapion. &c.* In contractibus sanè novum haud est: ut, quod ab initio non valet, postea vires assumat & subsistat. Hinc si maritus fundum alienaverit dotalem, alienatio non tenet, per princip. tit. *supr. quibus alienare lic. vel non. & tit. ff. de fundo dotali*. Si tamen, defunctâ in matrimonio muliere, dos lucro mariti cesserit, alienatio confirmatur. l. cum vir. 42. ff. de usurpat. & usuc. Ioan. Borcholt. in tract. de obligat. & actionib. c. 1. num. 5.

Præterea nihil adverfatur l. centesimis. 46. §. 2. ff. de verb. obligat. ex qua apparet, hanc stipulationem seu promissionem; *dabo, cum voluero*, ita demum inutilem esse, si antequam constituam moriar. Etenim hæc promissio, cum voluero, diversa est ab illa, si voluero, illa quippe, si voluero, statim ab initio nulla est. d. l. sub hac condit. 8. ff. de obl. & act. hæc verò, cum voluero, non item: propterea, quod his verbis, si volam aut voluero, expresse conditio in meam voluntatem confertur: verbis, cum voluero, tacite duntaxat. Itaque illa promissio non valet: hæc autem valet: Expressa namque nocent; tacita sive non expressa non nocent. l. expressa. 195. ff. de reg. jur. l. nonnunquam. 52.

- ff. de conditionibus. & demonstrat. Borcholt. d. cap. 1. n. 6.
- 19 Planè illis definitionis verbis, *alicujus rei solvenda*, non solum nummorum solutio; sed omnis liberatio quoquo modo facta, & quælibet præstatio, siue in dando, siue in faciendo posita, continetur. l. solutionis. § 1. ff. de solutionibus. l. liberationis. 47. & l. solutionis. 176. ff. de verb. significat. Rei siquidem verbum ut generale est; ita generaliter latèque accipiendum est. l. rei appellatio. §. ff. d. t. Accursus. & Heigius hic num. 4. Wesenb. n. 4. Nonius n. 42. & 43. Donell. lib. 12. Comment. de jur. civ. cap. 1. p. 4. n. 30.
- 20 Tandem definitioni addita sunt hæc verba: *secundum nostræ civitatis jura*. Quæ sanè verba non otiosa, aut minus necessaria videntur, ut nonnulli suspicantur, Giphanius hic, & Vultejus n. 20. sed hoc potius important; solutionem rei, quæ in obligatione versatur, non valere: nisi fiat secundum modum & naturam actionis, à jure civili eo nomine introductæ, siue nisi eo fiat modo, quo jura civilia præcipiunt. Baldus. Hotoman. Thadæus Piso, & Borcholt. hic num. 4. Nicol. Vigel. in Commentar. de oblig.
- 21 cap. 1. Unde emptor quidem venditorem ad rem venditam tradendam habet obstrictum, habetque eo nomine actionem empti: veruntamen ita, si ille prius pretium solvat venditori. l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt. Item si, fundo vel ædibus venditis, emptor etiam ruta cæsa petat, agit contra jus civile: quia secundum hujus juris præscriptum, venditor emptori ad ruta cæsa tradenda non est obstrictus; nisi nominatim de eo convenierit. l. in vendendo. 66. §. ult. ff. de contrah. empt. Atque ita omnis obligatio, omnisque actio certum modum à jure civili habet definitum, certosque limites constitutos, ultra quos reus actori non est obligatus, ut paulò latius id explanat Vigel.
- 22 l. d. loco. Quo modo inter cætera quoque comprehenditur: aliud pro alio, item alio loco, aliòve tempore, quam quo conventum est, invito creditori solvi non posse l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. l. si soluturus. 39. ff. de solutionib.
- 23 & arg. tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oport. item particularem solutionem, cum ea multa incommoda habeat, non esse admittendam. l. planè. 3. l. his consequenter. 18. §. Celsus 4. ff. famil. ercisc. l. tutor. 4. §. 1. ff. de usur. l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de act. empt. l. si servus. § 7. in fin. princ. ff. de edic. edict. & effusius demonstrabimus infr. ad princ.
- 24 tit. proximi. n. 146. cum seqq. Quin & hoc inde manifestum evadit: hanc definitionem solummodò de obligatione civili (quam vulgò Interpretes naturalem & civilem simul, seu mixtam, rectius tamen civilem tantum, utpotè, quæ nunquam destituitur naturali, nuncupant. Mynsing. hic n. 5. cum seqq. Schneidevv. n. 25. Heigius num. 6. cum seqq. Schilbock, & Wolfius quest. 4. Donell. d. lib. 12. Commentar. cap. 2. pag. 6. Giphani. in Comment. de divisionib. jur. th. § 6. & ad l. servi. 14. ff. de oblig. & act. n. 28. Schegk. in delib. jurid. Disput. 15. th. §.) non verò de naturali tantum esse accipiendam, ut docent Vacon. à Vacuna lib. 1. declarat. 21. n. 8. Emil. Ferett. ad rubric. ff. de verb. obligat. n. 10. Hortens. & Vultejus hic n. 10. Duaren. de obligat. & act. c. 1. Baro hic, & d. lib. 1. de divid. & individ. oblig. c. 4. Cujac. tract. 9. ad African. in l. frater à fratre. 38. ff. de condit. indeb. Parladorius lib. 2. rer. quotid. c. 3. num. 19. hosq. citans Hilliger. in Donello enucleat. l. lib. 12. c. 1. ad
- 25 lit. E. Notum enim est, obligationem aliam esse civilem siue veram & propriam; aliam naturalem & impropriam. §. 1. ibi, utrum civilis, an naturalis sit obligatio. infr. de fidejussorib. l. Gracè. 8. §. & post litem contestatam. 3. l. fidejuss. 16. §. fidejussor. accipi. 3. & §. seq. ff. eod. tit. l. 1. ff. de novat. & delegat. l. l. servi. 14. ff. de obligat. & act. l. quibus. 40. §. dominus. 3. ff. de condit. & demonstrat. Wesenb. in paratit. ff. de oblig. & act. n. 5. Ant. Matth. & Borcholt. hic n. 7. D. Bocer. n. 17. pag. 114. & d. clas. 2. disput. 2. thes. 15. edit. 2. Arumans. Exercitat. Justin. 12. thes. 4. Pacius in Epitom. jur. Disput. 12. thes. 3.
- 26 12. th. 2. Civilis obligatio nos necessitate solvendi adstringit: naturalis verò solo æquitatis naturalis vinculo, ex quo non actio, id est, solvendi necessitas oritur, sustinetur. l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionibus. l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pact. l. sed si pater
- 27 familias. 9. §. ult. & l. seq. ff. ad SC. Maced. Exempli gratiâ: frater à fratre, cum in ejusdem patris esset potestate, pecuniam mutuam accipiens, naturaliter tantum obligatur.

d. l. frater à fratre. 38. ff. de condit. indebit. ibique Hortensius, Mercerius & Pacius. Sic filius patri, & contra pater filio. d. l. frater. 38. §. 1. & 2. ibique Gothofred. ff. d. tit. sic servus domino, & contra dominus servo. d. §. 1. infr. de fidejussorib. l. naturaliter. 13. ff. de condit. indebit. sic denique pupillus, siue tutoris auctoritate promittens, naturaliter tantum obligari dicitur. d. l. 1. §. 1. ff. de novat. & delegat. l. si pupillus. 21. ff. ad leg. Falcid. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad Senatuscons. Trebell. & similibus adductis supra ad princip. tit. de auctorit. tutor. num. 6. Porro illà de re vide latissimè disputantem Casparum Schifordegherum lib. 3. tract. 5. quest. 12. & sequentib. nec non Eralinum Ungepaup. d. exercit. Justin. 10. quest. 2. pag. 381. cum seq. edit. ult. ubi definitionem obligationis, hoc loco traditam, naturali quoque obligationi convenire, duplici ratione contendit: sed irritò conatu, ut ex antedictis evidenter satis patet. Illud hinc addendum: quòd obligatio in genere non malè definiatur, ad aliquid præstandum adstrictio: ut singulæ species tam obligatio naturalis, quam civilis, comprehendendi possint; auctore Bachovio hic pag. 726.

Quod autem modò indicatum est, ex naturali obliga-
tione non oriri actionem: ei non obstat l. naturales. 10. ff. de obligat. & act. & d. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussorib. ex quibus perspicuè liquet, non solum obligationem civilem, sed & naturalem, ad actionem producendam esse efficacem. Nam ad has leges rectissimè, meo judicio, respondetur: ex naturali obligatione actionem quidem interdum nasci, non tamen per se, sed propter vim extrinsecam, quam obligatio naturalis ex auctoritate juris civilis accipit. Verbi gratiâ: pupillus licet naturaliter tantum ex contractu siue tutoris auctoritate celebrato, obligetur, ut paulo antè ostensum: ex hac tamen obligatione quantumvis naturali adversus pupillum, si locupletior factus fuerit, utilis actio competit: eò quòd speciali Divi Pii rescripto sit cautum; hanc obligationem, utcumque nullo synallagmate suffultam, ad actionem tamen proficere debere. l. aut prator. 3. §. pupillus. 14. ff. de negot. gest. l. sed mihi videtur. 3. in princ. ff. commodati. l. 1. in fine principii. & l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctorit. & consens. tutor. Verum eà de re variè dissentientes videantur, Vaconius à Vacuna d. lib. 1. declarat. 21. num. 17. Hotoman. lib. 3. observat. cap. 2. D. Bocer. in Comment. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 5. edit. 1. pag. 23. Anton. Matthaus hic in suis not. Olemannus ad lib. 3. Disput. Giphani. Disput. 24. num. 16. Borcholt. d. tract. de obligat. & actionib. cap. 1. n. 10. Forster. junior in tract. de pact. cap. 8. pag. 205. cum seq. & Hilliger. in Donello enucleat. lib. 12. cap. 2. ad lit. E.

Et si verò obligatio naturalis actionem non producit: illam tamen alios effectus habere civiles, in aperto est. Etenim soluti repetitionem impedit. d. l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. in princip. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l. Iulianus. 60. in princ. l. si quod dominus. 64. ff. de condit. indeb. d. l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. d. l. fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussorib. compensationem admittit: l. etiam quod. 6. ff. de compensationib. & exposuimus ad §. in bona fidei. 30. num. 5. infr. de actionib. ad constituendum prodest. l. 1. §. debitum autem. 6. ff. de constitut. pecun. novationem recipit. d. l. 1. ff. de novationib. fidejussor ad eam accedere potest. d. §. 1. infr. de fidejussorib. l. 1. l. stipulatus. 6. cum l. seq. & fidejussor. 16. §. fidejussor. 3. ff. eod. nec non ejus nomine pignora perseverare jubentur, l. quasitum. 14. in fin. ff. de pignorib. & hypoth. l. debitor. § 9. in princ. vers. remanet ergo. ff. ad Senatuscons. Trebell. Et de istis effectibus latius Iason. & ceteri Dd. in l. ex hoc jure. §. ff. de justit. & jur. Donell. d. lib. 12. Commentar. de jur. civ. c. 2. pag. 10. num. 50. Pacius in Epitom. jur. Disput. 12. thes. 3. Schneidevv. hic sub c. de obligatione naturali tantum. num. 23. & seqq. Nonius num. 35. Bachovius n. 4. pag. 728. Covarruv. in c. quamvis. part. 2. relect. §. 4. n. 5. de pact. in 6. D. Bocer. d. clas. 2. Disput. 1. thes. 28. edit. 2.

Porro superiori Justinianæ definitioni ita explicatæ, quædam argumenta adversari videntur. Et primo quidem contra eam tale afferri solet: Definitio, quæ rei definitæ substantiam non complectitur, vitiosa est. Accursus, Decius Cagnolus & Dd. communiter in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. iur. Bartol. in l. 1. n. 2. ff. de testam.

stam. Et qui test. facere poss. Atqui istac definitio obligationis substantiam non complectitur. Ergo vitiosa. Minor inde probatur: quia Imperator hic dicit: obligationem esse juris vinculum, quo adstringimur. Jam verò jus, quo adstringimur, non videtur esse obligatio, sed potius actio juris: cum obligatio sit jus; propter quod adstringimur. *Verum respondetur:* in hac definitione obligationis substantiam poni & contineri, abunde patet *ex præallegatâ l. 3. in princ. ff. de obligat. Et act.* Quod autem affirmatur, actionem esse jus, quo adstringimur, illud aperte falsum est. Nam actio definitur jus, non quo adstringimur, sed quo persequimur & petimus in iudicio, quod virtute obligationis nobis debetur, *initio tit. infr. de actionibus.* Neque debitor recte adstrictus dicitur actione, quâ creditor in iudicio debitum persequitur; sed obligatione, quæ vinculum, substantiam obligationis continens, disertè appellatur. *leg. si fidejussor. 59. ff. de condict. indebit.*

32 Secundò contra obligationis definitionem hoc obijci-
tur argumentum: Definitio, quæ non potest converti cum suo definito, est mala, & reprobanda. *l. 1. §. dolum. 2. ff. de dol. mal. Nicol. Everh. à Middelburg. in locis argument. legal. loco à definit. n. 3.* Sed illa definitio non potest converti cum suo definito. Siquidem ex eâ obligatione, cui potest opponi exceptio, quis non adstringitur necessitate ad solvendum, *arg. l. nihil interest. 1. 12. §. l. non videtur cepisse. 13. ff. de reg. jur.* imo talis obligatio dicitur inanis. *l. Stichum. 95. §. aditio. 32. ff. de solutionibus.* Dicendum: rem definiri debere, prout est in substantiâ, non secundum varietatem accidentium, ut docet, Bartol. *in l. 1. in princ. n. 6. ff. de acq. vel amitt. poss.* Atqui verò obligatio, cui exceptio opponi potest, in substantiâ efficax est, & necessitatem solvendi ante oppositam habet, *per princ. tit. infr. de exceptionibus. Decius in d. l. non videtur. 13. ff. de reg. jur. n. 4. §. ubi plures allegat.* Et licet hæc solvendi necessitas postea exceptione impediatur; hoc tamen duntaxat fit per accidens, quod respectu definitionis in consideratione non habemus; sed solam rei substantiam, ut dictum, inspicimus.

34 Tertium, quo hæc impugnatur definitio, argumentum tale est: Omnis bona definitio non egreditur suum definitum, *arg. d. l. 1. §. dol. 2. ff. de dol. mal.* At definitio isthac egreditur suum definitum, dum etiam alii rei, quam definitæ congruit. Idque hac ostenditur ratione: quia possessor rei alienæ, si à verò domino rei vindicatione conveniatur, rem istam solvere, & restituere necessitate juris adstringitur. *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.* cum tamen is obligatus nullo modo dicatur. *§. 1. inf. de action.* Sed breviter respondendum: actionem quoque in rem quandam præsupponere obligationem *per §. item si in iudicio. 5. infr. de exceptionibus.* Nec obsistit *d. §. 1. infr. de actionibus.* quia hoc saltem innuere videtur: eum, qui convenitur reali actione, principaliter & per se nullo jure esse obligatum: interim tamen ille textus non negat, quin propter istud accidens, quod ipse rem detinet, obligatus censeatur, *d. §. item si in iudicio. infr. de exceptionibus.* Deinde dato, realem actionem nullam præsupponere obligationem: nihilominus tamen is, qui rem possidet alienam, non adstringitur ipso jure ad solvendum: sed judex eum officio suo adstringit, *arg. l. Quintus Mucius. 7. ff. de annuis legat.*

35 Quartum argumentum est ejusmodi: In definitione nullo verbum debet esse superfluum: sed unumquodque suum habere mysterium, ut *post Aristot. lib. 6. Topicorum. c. 1.* tradunt glossa & Dd. *in princ. super verb. quam jus infr. de actionibus.* In hac autem obligationis definitione quædam verba sunt superflua. Primò enim superfluum est verbum illud, *necessitate:* cum subsequens verbum, *adstringimur,* per se necessitatem istam importet, *arg. c. ult. ext. de except.* Deinde abundant & illa verba, *secundum nostra civitatis jura:* quia eo ipso, quod obligatio juris vinculum dicitur; *ναὴ ἐξ ὅρων,* & per excellentiam jus Romanum designatur. *§. sed jus quidem civile. 2. supr. de iur. nat. gent. Et civ.* Huic argumentationi responderi poterit, negando, superfluum esse, aut absurdum, quod cum verbo *adstringo,* etiam verbum *necessitas* jungatur: ut non solum ex Marco Tullio, purioris sermonis magistro & parente liquet *lib. 1. de natura Deor. pag. mihi. 5.* ubi in hæc verba scribit: *Tu autem*

nolo existimes, me adiutorem huic venisse, sed auditorem Et quidem æquum, libero iudicio, nullâ ejusmodi adstrictum necessitate, ut mihi, velim, nolim sit certa quædam tuenda sententia: verum etiam dilucidè confirmatur *ex prædictâ l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt.* ubi augustissimi Imp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt: *in vendentis vel elementis voluntatem collatâ conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est.* Ad alteram hujus obiectionis partem respondetur: dictionem illam *juris,* in hac definitione non in eâ significatione accipi, ut ius aliquod civile, vel gentium significet: sed ut ostendat, vinculum istud *juris* esse, id est, incorporale & in intellectu consistens. Quæ enim iuris sunt, incorporalia dicuntur, *§. 1. supr. de reb. corporalibus. Et incorporalibus.* Plura argumenta, quæ contra eandem obligationem definitionis communis Doctorum turba opponere assolet, sufficienter diluit Tobias Nonius *hic num. 4.* eumque passim mordens Petrus Ricciardus *num. 210. Et multis seqq.* itemque novissimè Petrus Ostermannus *in suis rationalibus. pag. 61. Et seqq.*

§. Omnium autem. 1.

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur. Namque aut civiles sunt, aut prætoriae. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatae sunt. Prætoriae sunt, quas prætor ex suâ jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

S U M M A R I A.

- 1 Obligationes civiles hæc prætoris opponuntur.
- 2 Civiles quæ, & quosuplices.
- 3 Prætoriae obligationes quæ.
- 4 Obligationes, constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, &c. introductæ, an prætoribus annumeranda.
- 5 Ratio divisionis obligationum, in civiles & prætorias.
- 6 Ejusdem divisionis usus & effectus.

Post definitionem obligationis, duæ eius divisiones hoc loco percommode adferuntur, Tum quia à confusis ad distincta procedit humana cognitio, *ut philosophi loquuntur.* Tum quia unumquodque tunc perfectè cognoscitur, cum in se & in suis partibus demonstratur, *ut tradit glossa in principio hujus tit.* Summa ergo & prima ac principalis divisio obligationum, a causa efficiente remotiore petita, hæc est: quod quædam obligationes sunt civiles: quædam prætoriae. Obligationes civiles hæc strictius aliquantò, quam supra, sumuntur. Prætoris enim, quæ aliàs comprehenduntur sub civilibus, opponuntur: *ut rectè docent hoc loco Borcholt. Giphanius Et Rittershusius pag. 400.* Sunt autem civiles obligationes, quæ aut legibus, id est, quinque iuris civilis partibus, lege videlicet, plebiscito, senatusconsulto principum constitutionibus, prudentum responsis sunt constitutæ; aut certo iure civili comprobatae, *per hunc §. nostrum.* Obligatio igitur civilis duplex est. Alia namque dicitur legitima, sive absolutè ac merè civilis, utpote ab ipso iure civili inventa & constituta. *Althus. lib. 1. Diaolog. c. 34. n. 18. p. 126.* Cuius generis sunt obligationes XII. tabular. de pauperie quadrupedum. *l. 1. in princ. ff. si quadrup. pauper. fec. dicatur,* arborum furtim casarum, *l. 1. ff. arbor. furtim casar.* furti nec manifesti *§. sunt autem. 4. infr. de noxalibus. action.* ex lege Aquiliæ, *initio. tit. infr. de leg. Aquil.* ex stipulatione. *de quâ infr. tit. de verbor. obligationibus.* ex chirographo, *de quâ infr. tit. de literar. obligationibus.* ex legitima pactione. *l. legitima. 6. ff. de pact. & similes.* Alia obligatio civilis est iuris gentium, a iure civili non quidem inventa, sed tamen comprobata & confirmata. Huiusque generis sunt obligationes, quæ ex conventionibus sive contractibus iuris gentium, ut emptione-venditione, locatione-conductione, mutuo, deposito, societate, mandato, &c. descendunt, *l. ex hoc jure. 5. ff. de just. Et jur. §. sed jus quidem civile. 2. vers. Et ex hoc jure gentium. supr. de iur. natur.*

gent. & civ. Caterum ex confirmatione ista non oritur nova aliqua obligatio: sed semper nihilominus una eademque obligatio manet, & unica est semper ejus substantia. Contractus autem ipsos juris gentium, nemo dixerit jure civili confirmari; sed recipiantur, aut admitti simpliciter. Ideoque nec juris civilis esse dicuntur. *Mysinger. hic n. 1. in verbo, comprobata.* Neque verò nullius utilitatis est hæc observatio. Nam si hæc conventiones jure civili confirmari dicerentur: juris civilis omnino haberentur. Itaque ab iis arceretur deportatus. *l. sunt quidam. 17. in fin. ff. de pœnis.* sed aliter judicatur, si tantum juris gentium esse dicantur, *l. si mandavero tibi. 22. §. is, cuius §. ff. mand. & notat hic Bald. Adde Hunn. libr. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 2. quest. 4. pag. 822.*

3 Prætoriae obligationes sunt, quas Prætor ex sua iurisdictione, hoc est, ex edicto constituit, quæ etiam honorariæ vocantur, *hoc §. nostro in fin. ex eo, quod totum ius prætorium aliàs dicitur honorarium. §. Prætorum. 7. supr. de jur. natur. gent. & civil. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. 2. ff. de pact. Borcholt. hic num. 9.* Atque huius generis obligationes in iure, ex delicto quidem sunt innumerabiles; ut ex edicto, nautæ, caupones, stabularii, &c, ut ex furto manifesto, *initio tit. infr. de perpet. & tempor. act. ut ex rapinâ. init. tit. infr. de vi bonor. raptor. ibi, prætor introduxit, &c. ut omnes illæ, quæ actionem in factum pariunt. l. is, cui. 42. in fin. ff. de obligat. & actionib. ex contractu verò sunt perpaucae; ut ex constituto, §. in personam. 8. infr. de actionib. l. 1. & tot. tit. ff. de constit. pecun. ut de peculio. §. actiones autem. 10. infr. de actionib. ut ex pignore sive hypothecâ. d. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pact. §. item Serviana. 7. infr. de actionib.*

4 & si quæ sunt similes. Hisce addunt Interpretes obligationes introductas constitutionibus Ducum, Principum, Marchionum, & Comitum. *Bartol. & Iason. in l. stipulationum. 5. in princip. ff. de verb. obligat. Cagnol. in rubr. C. qui admitti ad bonor. possess. possunt. num. 13. 41. cum seqq. & Schneidewin hic num. 5.* At minus rectè. Si quidem Duces, & ceteri modò nominati, dignitatem prætoriam maiorem, eamque ipsam ad heredes transmissibilem & perpetuam habent: atque adeò contra ius ipsum civile, pro commodo subditorum suorum, sæpè constituunt, ut bene anadvertit VVesenbecius in notis ad Schneidewinum hic d. num. 5. & in paratit. ff. de legib. num. 3. Heigius hic num. 25. cum seqq. & ostendimus in §. sed ista. 3. infr. de actionibus. num. 15. & seq.

5 Ratio porro huius divisionis obligationum, in civiles & prætorias, hæc assignari poterit: quia pleraque in iure, vel ipso iure civili, vel à prætore introducta sunt. Unde & ipsum ius Romanum in hæc duo genera diducitur, civile propriè sic dictum, & prætorium. *l. ius autem. 7. ff. de iustit. & jur.* Hinc & tutela alia civilis est, alia prætoria, auctore *Vipiano in fragment. Institut. tit. 12. in princip.* Sic successio alia est civilis, prætoria alia, quæ bonorum possessio dicitur, *de quâ supr. de bonor. possess.* Sic testamentum aliud civile est, aliud prætorium. *§. 1. supr. de testam. ordin.* Sic denique actio alia est civilis, alia prætoria. *l. actionum. 25. §. ult. ff. de obligat. & actionib.*

6 Vis autem & effectus istius divisionis hic est: quod civiles obligationes omnes sunt perpetuæ, id est, durant 30. annis. *l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* prætoriæ verò plerumque sunt annales, præsertim pœnales: quoniam & ipsius prætoris iurisdictionis erat annua, ut latius docebitur ad princip. tit. infr. de perpet. & temporalib. actionib.

§. Sequens. 2.

Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

SUMMARIA.

- 1 Obligationes aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, &c.
- 2 Quasi contractus unde nascentur.
- 3 Contractus delictis sunt antiquiores & frequentiores.
- 4 Contractus unde, & quod duplex ejus significatio.
- 5 Contractus definitur.
- 6 Nullus contractus conventionione destituitur.
- 7 Unus & idem secum contrahere nequit.
- 8 Pactum legitimum quatenus obligationem & actionem producat.
- 9 Pactum nudum non parit obligationem civilem; licet moribus aliud sit receptum.
- 10 Proposita contractus definitio contra D. Bocerum defenditur.
- 11 Theophili definitio refertur.
- 12 In re minus necessaria nimis scrupulosi esse non debemus.
- 13 In Bocerianam definitionem accuratius inquiritur; eamque multis modis vitiosam esse, ostenditur.
- 14 Omnis obligatio civilis ad agendum efficax est.
- 15 Obligatio perpetua comes contractus.
- 16 Verum illi contractus, qui non ex utroque sed altero tantum latere obligationem producant, veri & proprii sint contractus.
- 17 Mutuum, depositum & stipulationem proprios esse contractus, firmis rationibus ostenditur.
- 18 Communis loquendi usus verbis proprietatem tradit. Et verba statuti de contractibus loquentia, de quibus contractibus sint exaudienda.
- 19 Intellectus *l. Lateo. 19. & l. creditores. 10. ff. de verb. sign.*
- 20 Contractus alii certi seu nominati, alii incerti sive innominati.
- 21 Plura sunt negotia, quam negotiorum vocabula.
- 22 Præcipua inter contractus nominatos & innominatos differentia.
- 23 Contractus quidam bona fidei, quidam stricti juris.
- 24 In omnibus contractibus exigitur bona fides.
- 25 Contractus alii re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, nonnulli consensu.
- 26 Sensus *l. 1. §. 1. & l. 4. ff. de obligat. & act. & similibus.*
- 27 Intellectus *l. non figura. 38. ff. de obligat. & actionib.*
- 28 Sententia *l. 2. §. 1. ff. eod. tit.*
- 29 Quatenus olim obligatio literarum in usu fuerit.
- 30 Dictio, olim, quale tempus in hisce Institutionum libris significet.
- 31 Divisio, totum divisum non exhauriens, vitiosa.
- 32 Mixtum sub simplicibus comprehenditur.
- 33 Obligatio quandoque pro contractu accipitur.
- 34 An & quatenus contractus & obligatio differant.
- 35 Diverſa habentia nomina, diversam habent substantiam.
- 36 Obligatio est iuris, contractus facti.
- 37 Consideratio *l. consilio. 7. §. ult. ff. de curat. furioso, &c.*
- 38 Leges naturam imitantur.
- 39 Obligatio interdum pro conventionione ponitur.
- 40 In dubio à verborum proprietate non recedendum.
- 41 Iura iuribus concordanda, unaque lex ex aliâ explicanda.
- 42 Interpretatio qualis in dubio facienda.
- 43 Expositio *l. omnem. 20. ff. de iudiciis.*
- 44 Contractus est necessarium antecedens ipsius obligationis.
- 45 Consequens qui vult, necessariò vult etiam antecedens.
- 46 Sententia *l. an inutilis. 8. §. acceptum. ff. de acceptilat.*
- 47 Copula & inter diversa poni solet.
- 48 Quæ diversos habent tractatus, diversam etiam substantiam habent.
- 49 Definitione qua differunt, differunt quoque substantiâ.
- 50 An & quatenus actio ex contractu nascatur.
- 51 Propria & peculiaris dictionis ex natura.
- 52 Dictio ex secundum subjectam materiam intelligenda.
- 53 In contractibus quadam appellantur substantia: quadam naturalia: quadam solennia: quadam accidentalia.
- 54 Substantia contractuum qua dicantur.
- 55 Forma dat unicuique rei suum esse.
- 56 Substantia emptionis, societatis, stipulationis qua.
- 57 Substantia contrahentium voluntate mutari nequeunt.
- 58 In contrahendis negotiis mens potius, quam verba, spectanda.
- 59 Verba obscura & ambigua contra quem interpretanda.
- 60 In dubio mos regionis inspiciendus.
- 61 Quæ persona contractum inire nequeant.
- 62 Naturalia contractuum qua.
- 63 Solennia contractuum qua: & an rectè contractus solennitas distinguatur à substantiâ contractus.
- 64 Accidentalibus contractus qua.
- 65 Dolus unde derivetur.
- 66 Dolus in genere definitur.
- 67 Furtum & rapina sine dolo non committitur.
- 68 Dolus bonus quis.
- 69 Athanasius bono dolo è manibus Iuliani Apostata evasisit.
- 70 Boni doli exempla.
- 71 Appellatione doli simplici dolus malus intelligitur.
- 72 Doli mali definitio, secundum Labonem.
- 73 Dolus re ipsa contingens sive negotialis, quis.
- 74 Culpa duplex consideratio: generalis & specialis.

- 75 *Culpa in specie considerata describitur.*
 76 *Culpa plerumque nihil aliud, quam negligentia censetur.*
 77 *Varia culpa species, secundum Doctores.*
 78 *Tres gradus culpa: scilicet culpa lata, levis & levissima.*
 79 *Certa juris definitione gradus culparum comprehendere nequeunt.*
 80 *Lata culpa quid sit.*
 81 *Lata culpa dolo comparatur.*
 82 *Inter latam culpam & dolum differentia.*
 83 *Levis culpa quid.*
 84 *Levissima culpa quid.*
 85 *Furtum domesticum casibus fortuitis annumeratur.*
 86 *Casus fortuitus quid.*
 87 *Incendium num casibus fortuitis, an culpa accensendum.*
 88 *Verus intellectus l. 3. §. 4. ff. de offic. praefect. vigil.*
 89 *Sententia l. si vendita. II. ff. de peric. & commod. rei vend.*
 90 *Quid in quo vis contractu veniat praestandum.*

- I** SECUNDA divisio obligationum, à causa efficiente pro-
 spinquiore sumpta, hæc est: Obligationes aut ex contra-
 ctu sunt: aut quasi ex contractu: aut ex maleficio, aut quasi
 ex maleficio. Quæ divisio etiam indicatur in l. 1. in princ. ff.
 de oblig. & act. his verbis: Obligationes aut ex contractu na-
 scuntur: aut ex maleficio: aut proprio quodam jure ex variis
 causarum figuris. Quod ait Cajus J.C. ex var. caus. figuris: id
 ad obligationes, quæ sunt quasi ex contractu, & quasi ex ma-
 leficio, referendum est. Hæc quippe ex variis causarum figuris
 promanant. Idque ipsa legum series ostendit. In pri-
 ma enim lege, itemque in l. 2. agitur de obligationibus,
 quæ sunt ex contractu. In l. 4. de obligationibus, quæ
 sunt ex maleficio. In l. 5. de obligationibus, quæ sunt
 quasi ex contractu, & quasi ex maleficio. Et ita sen-
 tiunt hic Schneidevvinus num. 1. Mynsinger. n. 2. Wesenb.
 n. 2. D. Bocer. n. 2. pag. 125. Theodor. Marcellus. pag. 457.
 Borcholt. n. 10. & idem Borcholt. in Commentar. de obligat.
 & act. cap. 1. num. 16. Quod verò annectit idem Cajus
 in d. l. 1. hæc verba: proprio quodam jure: innuere vide-
 tur, obligationes etiam nasci ex jure, quod à puro & vero
 contractu seu maleficio quidem separatum est: cum eo
 tamen similitudinem quandam & affinitatem habet. Ho-
 2 *roman. hic enunciat. 1.* Nam licet quasi contractus non ex
 conventionem & consensu aperto nascantur: ex negociis
 tamen, in quibus quodammodo intervenit conventio, ad-
 eoque consensu tacito & præsumpto oriuntur. Vultejus
 in princip. tit. infr. de obligationib. quasi ex contract. n. 5.
 Gædd. ad l. ut si cui. 12. n. 7. ff. de verb. signif. Hilliger. in
 Donell. enucleat. lib. 15. cap. 14. lit. b. Ait autem hic Justi-
 nianus: se prius de contractibus & quasi, ut infra tit.
 3 & quasi, ut lib. 4. tit. 1. & 4. seqq. acturum esse. Ratio hu-
 jus ordinis est: tum quia contractus delictis antiquiores
 videntur: tum quia contractus sunt & frequentiores &
 magis necessarii, docente hic Giphano: tum quia obliga-
 tiones ex contractu propius contingunt dominii rerum ac-
 quisitionem, & earundem commutationem, quam obli-
 gationes ex delicto ortæ. Wesenbec. hic num. 4. Porro
 tertia obligationum divisio, sive potius secundæ istius
 divisionis subdivisio, à causa instrumentali desumpta,
 in fine hujus §. proponitur illa: Obligationes, quæ ex
 contractu sunt, aut re contrahuntur, aut verbis, aut li-
 4 teris, aut consensu. De quâ divisione infra latius.

Cæterum ut ea, quæ de singulis contractibus sub titulis
 sequentibus exponuntur, cognoscantur planius: pauca
 quædam de contractibus in genere hoc loco præmittam.
 Contractus à contrahendo dictus, arg. l. qui cum alio. 19.
 ff. de reg. jur. interdum & commercium appellatus, l. ex
 hoc jure. §. ibi, gloss. in verb. commercium. ff. de justit. &
 jur. quanquam commercium potius jus quoddam contra-
 hendi est, quam contractus, auctore Vlpiano in fragment.
 tit. 19. §. commercium &c. §. non solum. 4. ibi, cuius com-
 mercium non est. supr. de legat. l. si in emptione. 34. §. 1. ff.
 de contrah. empt. Sed & inde contractus dici videtur,
 quod post multos tractatus habitos, tandem negotium,
 quod geritur, in pauca contrahatur, redigatur, seu re-
 stringatur, arg. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. si voluntate. 8. C. de re-
 scind. vendit. Philipp. Knipschildt. exercit. Acad. 1. them. 7.
 Ejusque duplex occurrit significatio. Alia lata, omnes
 omnino obligationes & conventiones comprehendens,
 etiam eas, quæ propriè non sunt contractus, ut quasi

contractus, l. ex contractibus. 49. ff. de obligatio-
 nibus & actionibus. l. omnem. 20. ff. de judic. No-
 vell. 69. c. 1. §. 1. & distractus. l. omnium. 13. ubi DD. C. de
 omni agro desert. & transactiones. l. cum te. §. ibi, de fide
 contractus. C. de transactionib. l. si donationis. 7. C. de his,
 quæ vimetuvè caus. &c. Alia stricta. hoc §. nostro. l. exi-
 gere. 65. ff. de judic. l. verba. 20. ff. de verb. signif. l. contra-
 ctus. 17. C. de fid. instrumentor. quæ maximè continet eas
 conventiones, ex quibus alter alteri obligatur. l. Labeo. 19.
 ff. de verb. signif. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Et vide co-
 piosius hæc explicantem Wesenbecium in suis lectionibus ad tit.
 C. de reb. credit. & jurejur. circa principium. nec non Chri-
 stophorum Phil. Richter. in tract. de contr. disp. 1. th. 1. lit. a.

Contractus (omissis aliorum scrupulosis & an-
 xiè admodum confectis definitionibus: de quibus vide-
 antur Mazzius in tract. de contractib. artic. 2. Gæddens ad
 d. l. Labeo. 19. n. 17. cum seq. ff. de verb. signif. D. Collega Bo-
 cernus in Comment. ad l. Contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n.
 28. edit. 2. Bachovius lib. 1. Disputationum miscell. cap. 3.
 Wegner. Disput. 10. ad Instit. thes. 2. lit. b. Hænon. Disput. 13.
 controvers. 2. Donell. lib. 12. Commentar. de jure civ. cap. 6.
 ibi, Hilliger. in suis notat. Forsterus junior in tractat. de
 pact. cap. 4. pag. 64. & seq. Wesenbecius loco præallegato.
 Stuckius part. 1. exercit. Justin. c. 9. assert. 3. lit. a. Hun-
 nius disp. 13. thes. 4. & seqq. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 2.
 quest. 1. pag. 810. & seqq. Timæus Faber disput. 22. ad Instit.
 Imperial. post thes. §. quid autem. &c. Christianus Rade-
 vvaldt. in Collegio contract. Disp. 1. th. 3. Matthias Colerus
 in hoc §. 2. Knipschildt. d. exercit. 1. quest. 1. pag. 17. aliq. per
 hos citati) breviter, & fortassis non usque adeò malè, hoc
 modo definitur: Contractus est conventio duorum plurium-
 vè, per se obligationem civilem produciens. Generis loco
 6 verbum conventio usurpamus: eò quod nullus est contra-
 ctus, qui conventionem destituitur. l. 1. §. conventionis ver-
 bum. 3. ff. de pact. Eoque genere, contractus à quasi con-
 tractu & pollicitatione; à delicto item, & quasi delicto se-
 cernitur. Et si enim ex his, sicuti ex contractibus, obliga-
 tio oritur: in iis tamen obligatio sine ullâ conventionem
 constituitur: cum in contractibus, conventio sola obli-
 gationem pariat. Illa verba, duorum pluriumvè, ad causam
 efficientem pertinent. Nam unus & idem secum contra-
 here nequit: quia nec se sibi obligare, nec secum agere
 potest. l. legat. 16. §. 1. ff. de leg. 1. §. item inutilis. 6. infr. de
 inutil. stip. §. sic itaq. 14. infr. de act. Est igitur duorum aut
 plurium conventio. d. l. 1. §. 2. ibi, duorum pluriumvè. ff. de
 pact. l. non solum. 31. ibi, ex duorum pluriumvè consensu. ff.
 de obligat. & actionib. Hæc autem verba, per se, adduntur
 ad differentiam pacti legitimi. Contractus siquidem per
 se, sine juris adminiculo sive confirmatione, ad obligatio-
 nem & actionem producendam efficax est: quemadmo-
 dum arguunt juris textus, cum simpliciter dicunt, obliga-
 tiones esse ex contractu, hoc §. nostro. item contractum esse
 obligationem. d. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. item obli-
 gationes nasci ex contractu. l. 1. in princ. ff. de oblig. & actio-
 nib. item contractus parere obligationes. d. l. juris. gent. 7.
 §. 1. ff. de pactis. cum similibus. Pactum verò legitimum, li-
 cèt obligationem & actionem gignat: non tamen per se
 2 propriâque vi ac facultate, sed ex legiscivilis confirmatio-
 ne illam producit. l. legumina. 6. ubi Cuiacius. ff. de pact.
 Idque explicatius prosequitur. Dn. Bocer. d. Commentar.
 ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 29. & seqq. edit. 2.
 Denique illis verbis (obligationem civilem produciens)
 9 contractus distinguitur à nudo pacto, quod non parit obli-
 gationem civilem. Etenim si in conventionem dixerò:
 Dabo tibi Stichum, ut mihi des Pamphilum: est quidem
 hæc nuda pactio, sed non est contractus: quippe cum ex hac
 conventionem nulla vera obligatio constituitur. d. l. juris-
 gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pactis. l. ex placito. 3. C.
 de rer. permutat. Enimverò moribus receptum est;
 ut hodie ex pactis omnibus, etiam nudis, serio & delibe-
 ratè initis, actio detur: veluti, post Baldum, Salicetum &
 Iasonem à se allegatos, testatur Wesenbecius in paratit. ff.
 de pact. num. 10. Idem nominatim quoque cautum extat
 iure municipali Würtembergico, tam veteri, quam reno-
 vato. Alt Landrecht. part. 2. tit. welcher bedächtlich zusagt.
 pagin. 222. Erneuert Landrecht. part. 2. tit. 33. pag. 311.
 Cate-

- 10 Caterum propositam contractus definitionem acerbè quidem exagitat clarissimus Dn. Collega Bocerus *hic num. 63. p. g. 130.* sed inique sicuti mox patebit. Nam dicit, me voci *conventio* ineptè addidisse verba, *duorum vel plurium*: siquidem nomen *conventio* isthac verba per se complectatur. Verum ignoras, mi D. Bocere, quot quantique Jurisconsulti, cum quibus tute vix, ac ne vix quidem comparandus es, hæc verba suis definitionibus addiderint. His namq; verbis utuntur Jacobus Ungarellus *in addit. ad Summistas quosdam*, eumque referens Petrus Nicolaus Mozzius *in tr. de contractib. art. 2. n. 2. & 7.* Gerardus Tuningius, & Joan. Borcholt. *n. 12.* & Conradus Rittershusius *circa finem hujus tit. p. 402.* Joan. Schneidevvin. *hic n. 2.* Marc. Anton. Peregrin. *in tract. de pact. & conventionib. n. 47. vers. de muni confidero, & c.* Cujacius *ad l. 1. circa finem. ff. de pact.* Matthæus Welsenbecius *in prædictis Lectur. ad tit. C. de reb. credit. & jurejur.* item Hugo Donellus (ex quo te pleraque alia desumpsisse constat) *lib. 12. Comment. de jur. civ. c. 6. p. 22.*
- 11 Quin & Theophilo isthac verba non displicent. Ita enim contractum hoc loco definit: *Συνάλλαγμα δὲ ἔστι δύο, ἢ ἢ πλείονων εἰς τὸ αὐτὸ συνδοῦν καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τὸ συνίστασθαι ἐνοχόν, καὶ τὸν ἕτερον τῶ ἐτέρῳ ποιῆσαι ὑπέσθαι*: i. e. Contractus est duorum pluriumve in idem conventio & consensus, ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius. Quid igitur Bocere? Num ineptos dicere audes tot tantosque Juris nostri Interpretes, tantum propter duo vocabula, quæ superflua esse opinaris? An nescis, in jure nostro frequens esse, ut majoris perspicuitatis gratiâ definitionibus quædam vocabula inferantur, quæ aliâ abesse possent, si rigida Philosophorum præcepta observanda essent, clamitantium; bonam definitionem debere instar numeri se habere, cui nihil addi, neque detrahi queat, quin tota species mutetur? Quâ in re laudo veteres Jurisconsultos nostros; veros, non simulatos Philosophos: quod in re minus necessariâ nimis scrupulosi non fuerint: sed id unicè operam dederint in suis definitionibus tradendis, ut res intelligatur. Verum novi illi magistri de industriâ solent nonnulla obscurare, tantum ut aliis *plus sapere* videantur. Sed valeant rigidi istiusmodi atque inepti censores, cum ineptis suis ineptiis: quæ cordatioribus non possunt non displicere. Et quid tandem tibi imaginaris, mi D. Bocere, dum alios carpis, etiam in minutissimis; te verò in magnis erroribus notari, ægrè fers? Num te tuaque ita comparata esse omninò censes, quibus contradici non possit, nec debet?
- 12 at? Erras utique, si id credis, & te ignoras, D. Bocere. In illam ipsam contractus definitionem, à te traditam, si quis more tibi consueto scrupulosius inquireret: quot vitia deprehenderet? quot supervacua vocabula animadverteret? Nunquid bona & sufficiens mansisset definitio, si his duntaxat verbis usus fuisses: *contractus est conventio, quæ propriâ indole obligationem civilem producit*? Reliqua igitur vocabula omnia superflua sunt, quæ in definitione Bocerianâ habentur. Abundant vocabula: *ex mente contrahentium*. Nunquid enim conventio, propriâ indole obligationem civilem produciens, præsupponit mentem contrahentium? *l. non omnis. 19. in princ. ff. de reb. cred. l. 3. ff. de obl. & action.* Abundat item vocabulum, *suâ*. Quandoquidem vox, *propriâ*, idem planè significat. Quod etenim *suum est*, id & *proprium est*, & vice versâ; ut vel pueris, Latinitati studentibus, notissimum est. Abundant quoque in definitione Boceriana verba illa: *ad agendum efficacem*. Nam omnis obligatio civilis ad agendum efficax est. *§. 1. hoc r. & in hoc consistit forma sive differentia specifica*, qua civilis obligatio à naturali separatur, fatente ipsomet Bocero *in d. §. 1. n. 46. pag. 117.* Mirum profectò est, nec immerito mirum: tantum scilicet artificem, tamq; insignem definitionum magistrum, tot supervacua verba suis definitionibus obscurandæ rei gratia inferere, nec pati, ab aliis explicandæ & declarandæ rei gratiâ ullum verbum, quod ipse superfluum temerè putat, addi. Ita sapissime, mi D. Bocere, facis; ut nimium intelligendo nihil intelligas: & nimium carpendo non videas id mantica, quod in tergo est. Operosus quidem es in aliorum definitionibus exagitandis, & tuis consarcinandis: sed supervacua est hæc tua operositas. Haud enim facis operæ curæ pretium, ut ex inferius dicendis suo loco perspicuum

evadet. Falsò insuper tibi persuades: tuas definitiones tales esse, ex quibus aliis suas definitiones describant. Si quæ bona in illis continentur: ea non rarò & apud alios auctores longè antiquiores reperiuntur: ac proinde meritò retinentur: quæ verò mala & inconcinna sunt; jure rejiciuntur, repudiantur, eliminantur. Caterum haud inconvenienter illud Audæni Poëtæ, *quod habet epigrammatum, lib. 3. epigram. 79.* de te pronunciari posse videtur.

*Crimina qui cernunt aliorum, nec sua cernunt:
Hi sapiunt aliis, desipiuntq; sibi.*

Ut & illud Johannis Stigelii, *quod refertur part. 6. deliciar. Poëtar. Germanor. illustrium. pag. 565.*

Heu commune malum toto jam regnat in Orbe:

Sentiat ut vitii crimina nemo sui.

Cernitur à nullo, quæ pendet mantica tergo:

Et tamen hærentem pectore quisq; videt.

Porro ex hac sic declaratâ & defensâ definitione, de omnibus conventionibus judicare possumus, num contractus sint, vel non sint. Hoc siquidem duntaxat in hujus rei dijudicatione considerandum est: utrum ex proposita conventionione obligatio nascatur, vel non. Obligatio enim perpetuus comes contractus est: ita ut posito contractu, necessariò obligatio ponatur: & sublata obligatione, contractus etiam sublatus censeatur. Atque hinc ipso meri-
die apparet dilucidius: eos quoque contractus, qui non ex utroq; sed altero latere tantum (illi à Græcis *συνάλλαγμα* *δύπλευρα*, quales sunt emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas: hi v. *συνάλλαγμα* *μόνωπλευρα*, ut sunt mutuum, depositum, stipulatio, &c. vocantur, Cujac. *ad l. 1. in princ. ff. de verb. oblig.*) obligationem produciunt, veros & proprios esse contractus: utcunque plerique & veteres & neoterici Interpretes repugnent, *per d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. Accurs. hic super verb. ex contractu. ibiq; Angel. Aretin. Mynsing. n. 3. Schneidevvin. n. 5. Thadæus Piffo num. 2. & alii. Bartol. in l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusvè caus. gest. sunt. Imola, Romanus & Iason. in l. stipulationum. 5. ff. de verbor. obligationib. Ioan. Robertus lib. 2. sentent. jur. c. 12. Cujac. in l. juris gentium. 6. in princip. ff. de pact. Coras. in l. frater. 38. num. 5. ff. de condit. indebit.* Ac sanè mutuum, depositum & stipulationem proprios
esse contractus, evidentissimè probatur *ex præsent. §. juncto principio tit. sequentis. item ex l. 1. §. 2. & seqq. ff. de oblig. & action. d. l. 1. §. 3. ff. de pact. l. certi conditio. 9. §. quoniam. 3. ff. de reb. cred. si cert. per.* quibus in locis contractus in eos, qui re fiunt, aut verbis, aut literis, aut consensu, dividuntur: & mutuum & depositum, tanquam species contractuum, qui re contrahuntur, ut & stipulatio, tanquam contractus, qui celebratur verbis, subijcitur. Præterea *infra initio tit. de obligat. quæ qf. ex contract. nasc.* primò hæc verba ponuntur: *Post genera contractuum enumerata, &c.* Quæ certè verba etiam mutuum, depositum & stipulationem complectuntur. Hi siquidem contractus explicati quoque fuerunt titulis superioribus. Deinde statim illa eodem in titulo annectuntur verba: *dispicimus etiam de iis obligationib. quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c.* Hæc profectò verba, ad proximè præcedentia relata, apertissimè ostendunt: titulis præcedentibus obligationes esse expostas, quæ propriè ex contractu sunt: illo verò titulo, *scilicet de obligat. quæ qf. ex contract. nasc.* obligationes, quæ non sunt propriè ex contractu, explicari. Adhæc communis
loquendi usus verbis proprietatem tradit, *arg. l. Labeo. 7. §. 1. vers. nec mirum est. & ibi gloss. ff. de supellectile legat. Alciat. lib. 2. de verb. significat. n. 27. Dd. in rubr. t. ff. de nov. oper. nunciat.* Sed communis Jurisconsultorum usus est; ut isto termino *contractus* promiscuè conventiones, tam ex unâ parte, quam ex utraque obligatoriæ significentur. *d. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. unic. C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusvè caus. gest. sunt cum multis similibus;* in quibus mutuum, stipulatio, & alii contractus, qui ultrò citròque obligatorii non sunt, contractus appellantur. Quare terminus iste *contractus* non tantum conventionibus utrinque sive ex utraq; parte, sed & ex altera tantum parte obligatoriis, propriè convenit.

Proinde

Proinde minimè sunt audiendi, qui verba statuti de contractu aliquid disponentia, de solis *διπλεύροις*, non etiam de *μονοπλεύροις* contractibus, interpretanda esse, opinantur: propterea quòd in statutis verborum proprietas exigatur, *arg. l. ait prator. 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. l. 1. §. licet autem. 20. vers. in re igitur. dubia. ff. de exercitor. act. Bald. Aretin. & Portius in hoc §.* Etenim cum contractus *μονοπλεύροι* itidem sint veri ac proprii contractus, sicuti modò demonstratum est: nulla utique firma poterit adduci ratio, cur verba statuti de contractibus loquentia, non etiam de his sint accipienda: quemadmodum rectè tradit Tobias Nonius *hic in vers. prius est. &c. num. 7. ad finem*, eumque referens Petrus Heigius *hic num. 2. & seq.*

19 Neque cum his pugnat *præallegata l. Labeo. 19. & l. creditores. 10. in fine. ff. de verb. signif.* ubi mutuum & stipulatio actus dicuntur, & à contractu separantur, eique opponuntur. Nam primò *ad d. l. creditores. 10. ff. d. tit.* quod attinet, in isto textu, si probè consideretur, Ulpianus neutiquam mutuum contractui opponit: sed potius hoc summatim in toto isto responso innuit: quicumque ab altero invito aliquid extorquere potest, sive id possit civil, aut gentium jure, per ordinariam aliquam vel extraordinariam actionem, vel quolibet alio remedio, civili aut pratorio, eum creditorem dici debere, ut in possessionem mittatur, etiam si purè id, quod petitur non debeat; si tamen debitum iri speretur: modò nullà perpetuà exceptione actor iste repelli queat. Quippe non solus ille dicitur creditor, qui mutuum dedit pecuniam, sed & qui alium quemcunque contractum habet: ut non solum in fine *dicta l. 10.* sed & duabus proximè sequentibus disertè subjicitur, & ubique eleganter explicat Joannes Gœddeus. Deinde quantum concernit *dictam l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.* quâ vel maximè dissentientes nituntur: putaverim cum eodem Gœddeo *ibidem num. 37.* Ulpianum, quando dicit, *contractum esse ultrò citroque obligationem*, nihil aliud velle, quàm contractum esse negotium, hinc inde pacto conventionèque obligandi causa initum. Et quanquam Reinhardus Bachovius *in not. ad Treutler. vol. 1. pag. 215. & 741.* hanc Gœddei interpretationem vocat contortam, & à mente Jurisconsulti alienam; eò quòd ibi mutuum contractui perspicuè opponatur: attamen probabilior veriorque sententia est existimantium: Ulpianum *in d. l. 19.* haud quamquam mutuum contractui opponere; sed hoc saltem significare: posse mutuum etiam dici actum, respectu scilicet numerationis, quâ perficitur: sicut & stipulatio ratione promittentis, actus non in se citè appellatur: quemadmodum, post D. Christoph. Besoldum *in tract. mutui. c. 2. in fine*, à se laudatum, bene animadvertit D. Mart. Rümelinus *in Disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. si cert. pet. thes. 2. sub lit. b.* De eadem re videantur quoque D. Bocer. *d. Comment. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 1. n. 12. cum seqq. edit. 2. Wesenb. in dict. lectur. ad tit. C. de reb. cred. & jurejur. post princ. And. Gerhard. Exercit. Inst. decad. 12. th. 5. & Bronchorst. cent. 1. miscel. contr. assert. 53.* Præterea *in d. l. Labeo. 19. ff. de verb. signif.* non proponitur (secundum quosdam Interpretes) vera & adæquata contractus definitio: sed is solummodò contractus describitur, qui utrinque obligationem producit: atque ideo mutuum illic, & similes contractus, ex alterâ parte contrahentium obligatorii, haud omnibus in genere contractibus opponuntur, sed illis duntaxat speciebus contractuum, qui ex utraque parte contrahentium obligationem pariunt. *Vid. Hunnium lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 2. pag. 858. Albericum Gentilem in Commentar. ad d. l. 19. & Johannem Kitzelium in exegesi. de obligat. mutui. cap. 1. n. 11. cum seqq. & Petrum Ostermannum in suis rationalib. ad principium tituli subseq. pag. 65.*

20 Divisiones contractus tres potissimum in jure reperiuntur. Prima hæc est: quòd alii contractus sunt certi, qui vulgò nominati; alii incerti, qui innominati appellitantur *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. l. 1. ff. de estimator. act. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. ex uno. 18. in princ. ff. de acceptil. l. 1. juris gentium. 7. §. 1. & 2. ubi Cujacius. ff. de pact. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 39. Wegner. Disp. 10. thes. 3. lit. a. Bachovius lib. 1. Disputat. miscell. c. 5. Althusius lib. 1. Jur. Rom. c. 26. Mozzius in tract. de contractib. artic. 4. n. 9.*

& seqq. Fomannus Disput. 19. thes. 4. ad lit. h. Stuckius part. 1. Exercit. Inst. decad. 9. assert. 3. lit. d. pag. 349. Thadeus Piffo hic num. 3. Schneidevvin. num. 8. & Rittershusius p. 401. Certi sive nominati sunt, qui certum, proprium & speciale nomen habent, jure civili proditum, inventum & comprobatum: ut sunt mutuum, depositum, commodatum, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum, stipulatio, &c. ad eoque contractus omnes, qui re, verbis, literis, vel consensu ineuntur, *d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. l. 1. ff. de estimator. act. Gœddeus in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. num. 50. cum seqq. Althus. lib. 1. Dicaelog. c. 68. n. 4. & seq. pag. 237.* Et de iis singulis agetur explicatiùs titulis subsequentibus. Incerti seu innominati contractus dicuntur: qui speciali & proprio nomine, jure civili imposito, carent: ut sunt *do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias, d. l. 3. & l. naturalis. 5. ff. de præscript. verb.* Cum enim per rerum naturam ita sit comparatum, ut plura sint negocia, quàm negociorum vocabula. *l. natura 4. ff. d. tit.* fieri non potuit, ut negocia singula singulis appellarentur nominibus: ideoque necesse fuit, nomen commune accommodari speciebus singulis, certum nomen non habentibus: cum nomen commune ejusmodi sit, ut cæteris omnibus, & quidem diversissimis negociorum speciebus accommodari possit. Et de istis innominatis contractibus (ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, *de quâ tot. tit. ff. de præscript. verb. & in fact. actionib.*) consulantur Donellus *in Comment. ad d. tit. ff. de præscript. verb. & lib. 12. Commentar. de jur. civ. c. 12. Fernand. Berengar. in l. pacta conventa. 72. n. 61. cum seqq. ff. de contrah. empt. Fortunius Garcias in d. l. juris gentium. 7. §. & ideo. 2. ff. de pact. pag. 445. cum seqq. Vultejus in §. fin. infr. de mand. n. 12. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disp. 13. per tot. edit. 2. Stuck. d. decad. 9. assert. 3. lit. f. & seqq. Foman. Disp. 24. coroll. 1. & 2. Bonacina in tract. de contractib. & instit. disp. 3. q. 1. punct. 1. n. 14. pag. 332. Mantica in tract. de rac. & ambig. convent. lib. 1. tit. 8. Althus. d. lib. 1. Dicaelog. c. 87. cum seqq. p. 308. & seqq.* Præcipua autem contractus inter nominatos & innominatos differentia hæc vulgò perhibetur: quòd in illis regulariter non est locus pœnitentiæ, etiam re integrâ: sunt enim necessarii ex post facto. *l. sicut in iis. 5. C. de obligat. & act. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. in his verò, re integrâ, regulariter pœnitere licet: imò & re non integrâ ei, qui implevit contractum pro sua parte antequàm alter adimpleat, eo etiam invito pœnitere permittitur. Exempli gratiâ: si tibi decem florenos dedi, ut pro me Argentinam eas: ego pœnitere, & datos florenos repetere valeo, priusquam tu iveris Argentinam, interesse tamen soluto. Nam si fortè sumptus ad profectionem necessarios feceris, eorum ratio habebitur: quibus refutis, decemistos florenos condicere potero. l. si pecuniam. 5. ibique Iason. ff. de condict. caus. data, caus. non secut. Schneidevvin. in hoc §. num. 13. & 14. Ricciard. ad princip. tit. infr. quibus. mod. re contrah. obligat. num. 101. pag. 130. Caspar Schifordegher. lib. 2. tractat. 3. q. 7. Gomez. tom. 2. variar. resol. c. 8. num. 2. & 3. Covarruvias. libr. 1. var. resol. c. 14. n. 15. & 16. Videantur tamen Gœddeus *in d. Commentar. de contrah. & committ. stipul. c. 1. num. 51. & seq. Hunnius Disp. 13. th. 8. item d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quest. 3. pag. 822. & Wegner. d. Disp. 10. th. 3. lit. a. qui differentiam istam frequentioribus Dd. suffragiis receptam carpunt.**

Secunda contractuum divisio est hæc: qua contractus alii sunt bonæ fidei; alii stricti juris. *l. cum, qui. 22. ff. de donationib. l. mora 32. §. in bona fidei. ff. de usur. l. in contractibus. 3. C. quib. ex caus. majores in integ. restit. c. cum venerabilis. 6. §. adhuc Episcopus. ibi, cum permutatio inter contractus bona fidei computetur. ext. de exceptionib.* Ex quo c. apertè constat, quòd jure quoque canonico discrimen hoc inter contractus sit approbatum; ut latius, post Interpretes à nobis adductos, ostendimus *in §. actionum autem. 28. num. 49. & seqq. infr. de actionib.* Et de istâ divisione videatur Bachovius *d. lib. 1. Disput. miscell. c. 4.* Bonæ fidei contractus, secundum veriore sententiam, dicuntur: non quòd alii contractus sint malæ fidei. In omnibus quippe contractibus bona fides requiritur. *l. bonam fidem. 4. C. de obligationibus & actionibus. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 9. error. 1.* Sed quia in horum contractuum

actione sive iudicio fit condemnatio ex bonâ fide, id est, ex bono & æquo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventionne expressè ac nominatim fuit actum. §. *conductor autem*. 5. *infr. de locat. & conduct.* l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. ut sunt emptio, locatio, depositum, & ceteri omnes quorum actiones dicuntur bonæ fidei *in d. §. actionum*. 28. *infr. de actionib.* Stricti juris contractus sunt; quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantum, de quibus in ipsa conventionne nominatim ac diserte fuit dictum, *f. allegatâ l. quia tantundem*. 7. ff. de negot. gest. l. si ita stipulatus 126. §. Chrysogonus. *vers. plerumq. enim in stipulation.* ff. de verb. obligat. D. Bocer. *in Comment. ad l. contractus*. 23. ff. de reg. jur. cap. 2. num. 7. edit. 2. ut sunt mutuum, stipulatio, & omnes alii, quorum actiones non enumerantur *in d. §. actionum autem*. 28. *infr. de actionib. ubi eâ de re nos explanati.*

25 Tertia divisio contractuum *in hoc presenti* §. hæc adfertur: quod quidam contractus re contrahuntur, quidam verbis, quidam literis, quidam consensu. Atque hæc divisio omnium certorum sive nominatorum contractuum species complectitur. Sunt autem numero undecim; videlicet mutuum, indebitum, commodatum, depositum, pignus, stipulatio, contractus literarum, emptio, locatio, societas, & mandatum: *de quibus omnibus in titulis subsequen-*

26 *tibus ordine dicetur.* Ceterum huic divisioni quadrimembri primò opponitur l. 1. §. 1. *ex maleficio*. 4. ff. de obligat. & actionib. l. *gracè*. 8. §. 1. ff. de fideiussorib. l. 1. §. 1. ff. de novationib. cum similibus: in quibus Jurisconsulti ex triplici tantummodò causa, nempe aut re, aut verbis, aut consensu obligationem oriri contrahendo scribunt: contractus autem sive obligationis literarum nusquam meminerunt. *Sed respondetur*: ideo in prædictis legibus obligationis literarum nullam fieri mentionem: quia hæc obligandi ratio Jurisconsultis tempore Digestorum ignota fuit, cum apud eos exceptio non numeratæ pecuniæ perpetua esset. Verum Imperatores postea exceptionem non numeratæ pecuniæ temporariam fecerunt: atque ita literarum obligationem introduxerunt. *Ioh. Borcholt. hic n. 14. & in tract. de obligationib. & actionibus. cap. 1. num. 18.*

27 Nec huic responsioni, quâ dicitur, literarum obligationem tempore juris digestorum fuisse incognitam, obstat l. non figura. 38. ff. de oblig. & act. ubi traditur, non minus valere, quod scripturâ, quam quod vocibus linguâ figuratis significatur. Nam quod ibi Paulus IC. ait oratione scripturæ nos obligari, hoc eam vim habet: non ut scriptura per se obliget, sed stipulatio epistolâ sive instrumento comprehensa & probata: quemadmodum rectè sentiunt Petrus de Bellapertic. Ioan. Faber, Weseb. Valtjeus, Ant. Matthæus, & alii *inf. tit. de lit. oblig.* Nonius hic *in vers. prius est n. 1. Alciat. in l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. & Schegk. in delib. jur. Disput. 17. ad th. 13. Tamen si novissime aliter doceat Marcellus hic. pag. 160. & seq.*

28 Eidem solutioni non repugnat l. 2. §. 1. ff. de oblig. & act. ubi habetur, ideo obligationes consensu contrahi: quia neque verborum, neque scripturæ ulla proprietas desideratur. Ex quibus verbis liquet, esse obligationem, quæ desiderat scripturam. Non inquam, hæc lex repugnat. Etenim accipienda videtur de illâ solum obligatione quæ olim scripturâ celebrabatur, & jam ætate Justiniani exoleverat, *per princ. tit. infr. de literar. obligat.* non verò de eâ literarum obli-

29 gatione, de quâ nos hic loquimur. Neque etiam prædictæ responsioni quidquam adversatur, quod *ex d. princip. infr. de liter. obligat.* nimirum ex voculâ, olim, colligere quidam conantur: jure etiam Pandectarum obligationem literarum in usu fuisse. Quod enim ibi Justinianus dicit, olim scripturâ obligationem esse factam: hoc ipso non ad jus Digestorum, sed ad jus vetustius, quod ante Digestorum jus viguit, respexit. Idque liquidissimè ex

30 dictione illâ, olim, probari potest: quæ in hisce 4. Institutionum libris ut plurimum tempus ante jus Digestorum denotat, *initio tit. supr. de testament. ordinand.* Ubi asserit Imp. duo olim fuisse testamentorum genera: unum, quod calatis comitiis; alterum, quod procinctum appellabatur: & tamen illa duo testandi genera jure Digestorum non obtinuisse, Doctores uno quasi ore omnes fatentur. Idem etiam optimè confirmatur *ex princ. tit. supr. de lege Falcid.*

Ubi ipsemet Imp. Justin. illam vocem olim quodammodo declarare videtur, dum inquit, olim, id est, lege XII. Tabul. libera erat legandi potestas, &c. *Sed vide Tobiam Nonium hæc enucleatius prosequent. hic in vers. prius est. n. 2.*

Deinde contra hanc tertiam contractuum divisionem, 31 opponi solet tale argumentum: Divisio, quæ divisum totum non exhaurit, est vitiosa. Hæc autem divisio divisum totum non exhaurit: cum in eâ pars divisi, nempe obligatio, quæ & verbis & re simul contrahitur, omitatur; *de qua est l. certi conditio. 9. §. quoniam. ff. de reb. credit. si cert. pet. & l. obligamur. 25. ff. de oblig. & act.* Sed dicendum: eo ipso, quod hic ponitur contractus sive obligatio, quæ re contrahitur, & quæ contrahitur verbis, etiam obligatio, quæ re & verbis conjunctim contrahitur, posita intelligitur: cum mixtum sub simplicibus comprehen- 32 datur, *ut notat glossa frequentiori Dd. calculo recepta, in l. 2. ff. de verb. obligat. eamq. referens Nonius d. loco. n. 3. p. 388.*

Illud hoc loco admonendum: quod licet obligatio 33 quandoque pro contractu sumatur. *l. credito. 23. in fin. ff. de pignorib. & hypothec.* ubi verbum obligatur positum est pro contrahitur. & *l. cum mota. 6. circa finem Cod. de transaction. ubi Imp. Alexander* quod stipulationem appellaverat, statim verborum obligationem nuncupat: tamen si cujusque indoles & natura aliquantò penitiùs introspectiatur, ingens inter ista duo, ut & inter obligationem & actionem, differentia deprehenditur; *ut hic ogganniat Nicolaus Bellonus.* Et quidem obligationem ex contractu nasci, definitio contractus superius exposita ostendit. Cum enim 34

homines contrahunt, promittunt, emunt, vendunt, locant, conducunt, &c. ex hujusmodi factis quoddam jus, quod obligationem nominamus, oritur. Nam nisi mihi promissiles: utique obligatus mihi non esses. Contractus ergo sunt facti. *d. consilio. 7. §. fin. ff. de curatorib. furioso, & aliis ext. minor. dand.* & producunt obligationes, quæ juris sunt: hæque rursus actiones pariunt. Actionum igitur causa remota sunt contractus: propinqua verò sunt obligationes. Vel significantiùs: contractus est pater: obligatio filia: actio neptis, ut *Dd. nostri loquuntur.* Planè quod contractus & obligatio differant, probatur argumento *l. si idem 7. C. de codicillis.* ex quâ ea, quæ diversa habent nomina, diversam etiam habeant substantiam. At contractum 35 & obligationem diversa habere nomina, unicuique patet. Præterea jus & factum diversa sunt, imò ferè contraria *d. l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c.* Sed 36

obligatio juris est. §. 1. *supr. de rebus. corporal. & incorporalibus.* contractus verò facti, *ut paulò ante dictum.* Nec 37 quicquam ad rem facit, quod regeritur à dissentientibus, *dictam l. consilio. 7. §. ultim. ff. de curat. furioso, &c.* non loqui in contractu, sed in negotio, quod geritur ad celebrandum contractum, quod benè est facti. Loquitur namque verè in contractu. Siquidem textus aperte ait: quod solutio & venditio facti magis, quàm juris sint. Atqui venditio non est negotium, quod ante contractum geritur; sed ipse contractus, ipsaq; conventio. *l. juris gentium. 7. §. 1. de pact. l. Labeo. 19. vers. contractum. ff. de verb. signif.* Ergo contractus est ille, qui facti esse dicitur. Ad hæc per re- 38 rum naturam, adeoque etiam per leges, quæ naturam imitantur. §. minor. 4. *supr. de adopt. l. adopt. 16. ff. eod. fieri non potest, ut una eademque res se ipsam producat.* Jam verò ex contractu nasci ac produci obligationem, certo certius est. *l. 2. in princ. ff. mandati.* Ergo ἀδύνατον est, & in rerum naturâ non positum, ut idem sint contractus & obligatio.

Cui non obstat *d. l. Labeo. 19. vers. contractum. ff. de verbor. signif.* ubi dicitur, contractum esse ultrò citròque obligationem. Respondetur enim: causatum ibi poni pro suâ causa, id est, obligationem pro conventionne: quod in jure non infrequens est, aut novum. *l. hoc jure. 19. §. non potest. & ibi Castrensis. ff. de donationib.* Nec hanc solutio- 40 nem infringit. *l. non aliter. 69. ff. de legat. 3. ubi Marcellus* ait, in dubio à verborum proprietate non esse recedendum. Etenim jura juribus sunt concordanda. *c. cum expediat. 29. 41 ext. de electione. in 6. & una lex ex aliâ explicanda. l. non est novum. 26. ff. de legib.* nec non in dubio ea facien- 42 da est interpretatio, quæ vitio caret, aliisque legibus non repugnat. *l. in ambigua. 19. ff. eod. tit.* Ast aliæ possunt adduci leges in quibus obligationem ex contractu oriri, ex-

expresse disponitur. *d. l. 2. ff. mandati. & hoc §. nostro.* Quare necessario dicendum est: obligationem in *d. l. La-beo. 19. ff. de verb. signif.* pro conventionem esse accipien-dam: ut sit sensus, contractum esse ultrò citroque obliga-toriam conventionem. *Nonius hic in vers. prius est. num. 9. pag. 395. Paul. Berens in Dissertationib. Acad. Diss. 9. them. 1. quest. 1.*

43 Neque obloquitur *l. omnem. 20. ff. de judiciis, & ubi quisq. agere, &c.* ubi Paulus IC. docet, omnem obligatio-nem pro contractu habendam esse. *Nam facilis ad eam est responsio: cum JC. non dicat, contractum obligationem esse, sed obligationem pro contractu habendam.* Diversum autem est tale, ab eo, quod pro tali habetur, *arg. l. mercis appellatione. 207. ff. de verb. signif.* Proinde ut & ipsa obli-gatio à contractu diversa sit, necesse est. *Deinde illa lex ad alteram partem istius tituli, ubi sc. quisque agere, vel con-veniri debeat, est referenda: ut aperte Rubrica sive inscri-ptio tituli demonstrat.* Et quidem reus conveniendus est, vel ubi domicilium habet, vel ubi contraxit, si contra eum ex contractu aliquo agatur. *l. heres absens. 19. ubi multa sunt exempla de contractu & domicilio. ff. de judic.* Sed quaeritur: quomodo nomen contractus hic sit accipien-dum? Et respondet Paulus in *d. l. omnem. 20. ff. d. tit.* om-nem obligationem pro contractu haberi debere: ut ubi-cunque aliquis obligetur, ibidem contraxisse quoque vi-deatur. Et sic non tantum proprium contractum, sed etiam quasi contractum, ut ex negociis gestis, vel ex tutelâ, itemq; delictum, & quasi delictum Jurisconsultus intelligit: & significat, aliquem, in quocunque loco vel propriè contra-xit, vel quasi contraxit; vel deliquit, aut quasi deliquit, in eodem etiam conveniri posse. Atque ita nomen contractus in eâ lege latius & improprie pro quacunque obligationis causa accipitur: non verò contractum, ipsam obligatio-nem esse affirmatur: & per consequens nostræ sententiæ nihil officit. Et sic, post Duaren. ad *d. tit. de judic. cap. de foro competent. circa medium*, dictam *l. omnem* exaudit D. Colleg. Bocer. *d. Comm. ad l. contract. 23. cap. 1. n. 2. ff. de reg. jur.* Vide eandem fusiùs explicantem Donellum *lib. 17. Comment. de jur. civ. cap. 14. pag. 59.*

44 Nihil item movet, quod leges his vocabulis, *deductum est in obligationem, deductum est in contractum*, promiscuè utantur; adeoque tacite indicare videantur, quod contra-ctus & obligatio sint unum ac idem. *l. ubi autem. 75. §. 1. ff. de verb. oblig.* Quia cum contractus sit necessarium an-tecedens ipsius obligationis: rectè dicitur, & infallibiliter sequitur: omne illud, quod deductum est in obligationem,

45 etiam deductum esse in contractum: quippe cum is, qui velit consequens, necessario velit etiam antecedens. *l. ad rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. ff. de procuratorib.*

46 Nihil denique ponderis habet, quod assertur ex *l. an in-utiles. 8. §. acceptum. 3. ff. de acceptilat.* Ubi quod Ulpia-nus in princip. istius §. obligatum esse dixerat, mox in fine contractum esse dicit. *Quandoquidem hoc non ideò fit, quod obligatio & contractus idem sint: sed quod contra-ctus ipsius obligationis causa intelligatur.* Quocirca qui a-liquid esse contractum, asserit: necessario etiam obligatio-nem, quæ effectus est ipsius contractus, præsupponit, *d. l. 2. ff. mandati. Nonius hic d. vers. prius est. num. 9. p. 396. Paul. Berens d. Diss. 9. them. 1. quest. 1. pag. 199. edit. 2.*

47 Quod autem similiter obligatio & actio differant, ad hoc præter primum & ultimum fundamentum, supra ad con-firmandum inter contractum, & obligationem discrimen, in medium adductum, etiam hæc ponderari possunt. Pri-mum copula & inter diversa poni solet, *gloss. in rub. tit. ff. de jur. & fact. ignor.* Ast inter obligationem & actionem

48 hæc copula ponitur, in *rubr. ff. de oblig. & actionib.* De-inde, quæ diversos habent tractatus, diversam quoque ha-bent substantiam, *arg. l. 2. §. quartus autem locus. 5. C. de vet. jur. enucleand.* Atqui obligatio & actio diversos tra-ctatus habent, ut ex hoc Institutionum volumine perspicu-

49 um est. Insuper, quæ differunt definitione, differunt etiam substantiâ: quia definitio rei definitæ substantiam comple-ctitur, *secundum gloss. & Dd. in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. jur.* Sed obligatio & actio definitione differunt, ut constat ex principio hujus tit. & principio, tit. *infr. de acti-onib.* Ergo & substantiâ differre concludendum est. Unde

Doctores plerique eleganter dicunt: quod obligatio sit mater actionis, & contra actio sit filia obligationis: cum nulla detur actio, nisi præcedat obligatio, *arg. l. licet. 42. §. 2. ff. de procuratorib. Vincent. in bibliothec. mundi tom. 2. lib. 3. c. 3. Bernh. Diaz. reg. 501. Bartol. in l. 1. col. 1. vers. item nota. ff. de pecul. Cothman. vol. 5. resp. 26. num. 38. & resp. 46. num. 8. eosque referens David Döring. in biblioth. jurisconsult. in verb. actio. num. 98. fol. 237.*

Non his resistit §. 1. *infr. tit. proximo. l. juris gent. 7. 50 ff. de pact. l. actionum. 25. §. 1. ff. de oblig. & actionib. l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit.* Ex quibus locis quidam ita ratiocinantur: In his legibus, & innumeris ali-is, rotundè dicitur, actionem ex contractu nasci, & contra-ctum actionem parere. Jam verò obligatio etiam ex con-tractu nascitur, *præallegatâ l. 2. ff. mandati.* Ergo actio & obligatio non differunt: sed unum ac idem sunt. Non resi-stit, *inquam*, hæc ratiocinatio. Nam dupliciter ad eam re-sponderi potest. Primò quidem negando consequentiam. Haud enim sequitur: ex contractu nascitur actio: ex eo-dem etiam nascitur obligatio. Ergo actio & obligatio sunt idem. Etenim non absurdum est, aut insolens; ex unâ eâ-demque causâ diversos nasci, quoad substantiam, effectus: ut videre est in patre, ex quo uno eodemque plures nascun-tur filii; & tamen illi non sunt iidem respectu substantiæ, sed diversi; ut omnibus notissimum est. *Secundo* dici & hoc non ineptè poterit: contractus parere & producere actiones, non quia ipsi verè & immediate eas producant: sed quia prodixerunt obligationes, ex quibus postea natæ sunt actiones, *d. l. licet 42. §. ea obligatio. 2. ff. de procu-rat. l. plura. 53. ff. de oblig. & action.* Atque ita actiones oriuntur ex contractibus, mediantibus sc. obligationibus.

Neque huic solutioni negotium facessit, quod propria & peculiaris hujus dictionis *ex* sit natura, ut causam im-mediatam & proximam significet. *l. eotempore. 50. in fin. ff. de pecul. l. non dubium. 5. ubi Dd. C. de legib.* Expresse autem in allegatis legibus dicatur, ex contractu actionem nasci: ac proinde causa immediata & proxima actionis contractus, non verò obligatio censeatur. *Nam huic in-stantiæ respondendum est: dictionem ex in præcitis ju-ribus nequaquam significare causam immediatam, sed potius mediatam, quemadmodum etiam accipitur in l. 1. §. ex incend. 2. ff. de incend. ruin. naufr. & §. 1. vers. san-citum etenim a nobis est. supr. per quas person. cuique ac-quirat.* Ut ita actionis causa quidem sit contractus, mediâ tamen obligatione, tanquam actionis propinquiore causa.

Nec quicquam stringit, si rursus quis urgens objiciat: *52* proprietatem hujus voculæ *ex* esse, ut designet causam im-mediatam ac proximam, sicuti autumat Bartolus in *d. l. 1. §. ex incendio. ff. de incend. ruin. naufrag.* nec in du-bio præsumendum esse, quod aliter, quam propriè, tot Ju-risconsulti eâ dictione usi fuerint, *argum. d. l. non aliter. 69. ff. de legat. 3.* Ei namque hoc responso occurrere possumus: dictionem istam *ex* secundum subjectam ma-teriam esse intelligendam: ut modò mediatam sive remo-tam, modò immediatam seu proximam causam significet, ut notant Dd. in *Auth. ex causa. C. de liberis præterit.* At verò subjecta materia in proposito suadet & exigit, ut dun-taxat causam mediatam & remotam denotet. Cum enim hinc inde possint adduci leges, quæ tam ex contractu, quam ex obligatione actionem nasci, clarè disponant: propinquior autem actioni sit obligatio, quam contra-ctus, cum ex eo obligatio oriatur. *d. l. 2. ff. mandati,* necessarium est consequens, quod in illis legibus, in quibus actio dicitur oriri ex contractu, præpositio *ex* causam mediatam importet: ut nimirum ex contractu actio, mediâ tamen obligatione, nascatur: cum ex contractu obligatio, ut jam superius dictum, quæ a-ctionem procreat, proficiscatur, *d. l. licet. 42. §. ea obligatio. ff. de procuratorib. & d. l. plura. 53. ff. de obligat. & actionib.* *Nonius hic in d. vers. prius est. num. 10. pag. 397.*

Sanè & illud hic non ignorandum: quod in contracti-*53* bus quædam vocentur à Doctoribus substantialia: quæ-dam naturalia: quædam solennia: quædam accidentalialia, *arg. l. pacta conventa. 72. in fin. princip. ff. de contrah. empt. ibiq. Bald. & Mudans. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. ibi,*

mutat a formâ propè interemit substantiam rei. ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princip. ff. de oblig. & actionib. §. adeo. 3. vers. sed talis, ibi, contractus propriam statuit naturam. infr. de locat. & conduct. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ff. de pact. l. naturalis. §. §. sed si facio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam excedere. ff. de præscript. verb. & c. Bellon. lib. 1. supputation. jur. c. 5. Mozzius in tract. de contractib. artic. 5. & seqq. Zasius in singul. resp. c. 12. Schneidevvin. hoc §. nostro. n. 20. cum seqq. ibidemq. Thadens Piso num. 8. & seqq. Hotoman. illustr. quest. 36. & 37. Corasius lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 10. Connan. lib. 5. Comment. jur. civ. c. 2. n. 9. D. Bocer, in hoc tit. n. 115. cum seqq. pag. 135. & in tract. de investitur. feud. c. 5. num. 24. & seqq. Giphani. in Comment. de divisionib. jur. thes. 61. & seqq. Pacius in Epit. jur. Disp. 12. thes. 7. Schegk. in delib. jur. Disp. 15. thes. 24. cum seqq. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 15. c. 1. ad lit. A. Scipio Gentilis in tract. de solennitatibus, quatenus in quodq. actu intervenire debeant, & c. c. 1. & seqq.

§ 4 Substantialia contractuum illa dicuntur, quæ ita formâ & essentiam uniuscujusque contractus constituunt, ut sine iis talis contractus consistere non possit, per text. & glos. in d. l. pacta conventa. 72. super verb. nova emptio. & ibi Bald. ff. de contrah. empt. Forma siquidem dat unicuique rei suum esse: hoc est, id, quod est. d. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. in fin. ff. ad exhibend. l. cum hi. 8. in princ. & §. si prætor. 17. ff. de transact. Exempli gratiâ: substantia (quam Dd. substantiale appellant) emptionis & venditionis est, § 6 precium, merx, consensus. Sine hisce enim emptio consistere nequit. l. 2. §. 1. l. nec emptio. 8. ff. eod. tit. Sic substantia societatis est, communio. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. pro soc. Sic substantia stipulationis est, præcedens interrogatio & sequens responsio, actu continuo facta. l. 1. §. 1. & l. continuus. 137. ff. de verb. obligationib. Adeo autem substantia ista speciem cujusque contractus constituunt: ut contrahentium voluntate sive pacto ea mutari non possint. l. cum precario. 12. ff. de precario. Alciat. ad l. pen. num. 22. C. de pact. & ad l. 3. num. 1. ff. de reb. cred. eumq. laudans Richter. d. tract. de contract. disp. 1. th. 6. & 8. Quare si inter nos convenerit, ut emptionem contrahamus: etsi emptionem appellemus illud, quod gerimus: tamen si precium in eo non versetur, non erit emptio. Veluti, si domum tibi vendidi, ut tu aliam domum mihi reficeres: Neratius respondit, nullam esse venditionem: quia scilicet pretium, quod in nummis consistit, hic deest: sed civili intentione incerti agendum esse, ait: hoc est, actione præscriptis verbis, quæ nascitur ex incerto sive innominato contractu. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. Scipio Gentil. d. cap. 1.

§ 8 Caterum in omnibus negociis contrahendis consensum, sive tacitum, sive expressum, necessario desiderari, tralatitium est, l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligat. & action. Hinc in conventionibus contrahentium voluntatem ac mentem potius, quam verba spectari placuit. l. in conventionibus. 219. ubi Alciat. & Gœd. ff. de verb. significat. l. 3. §. conditio. ff. de adimend. vel transf. legat. l. fin. C. quæ res pignori oblig. poss. Si verò mens non appareat: tunc contrahentium verba considerantur: neque ab iis, modò clara sint, temerè recedi debet. l. si quis stipulatus. 112. ibi, respiciendus erit sermo. ff. de verb. oblig. l. si operas, 20. ibi, pacti tenor. C. de solutionib. l. ult. ibi, pro tenore communis militantium placiti. C. de pignorib. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. Sin obscura sint, & ambigua verba: eorum interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, aut alium, cui liberum fuit legem apertius dicere contractui, facienda est, l. veterib. 39. ff. de pact. l. Labeo. 21. ff. de contrah. empt. t. cum queritur. 26. ubi Donell. ff. de reb. dub. l. stipulatio. 38. §. in stipulationib. 18. ff. de verb. obligat. l. in contrahenda. 172. ff. de reg. jur. Bronchorst. cent. 1. ἐναρτιστικὸν assert. 40. edit. 2. D. Besold. in delib. jur. & lib. 18. ff. quest. 3. § 6 pag. 16. & seqq. Quod si omnino non liqueat, quod actum est: in dubio id, quod in regione frequentatur; quod si ne mos quidem regionis appareat, id, quod minimum est, sequimur. l. semper in obscuris. 9. l. semper in stipulationib. 6134. & l. in obscuris. 114. ff. de reg. jur. & similib. Cum au-

tem omnis contractus in se consensum habeat. d. l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact. inde perspicuum fit: infantes, furiosos, & cæteros, qui consentire nequeunt, nec contrahere posse. §. furiosus. 8. & seqq. infr. de inutilib. stipulat. l. in negociis. 5. ff. de reg. jur. Verum de personis, quæ contractum inire, obligarique possunt, explicatius agunt D. Vultejus in hoc §. nostro. num. 7. & multis seqq. Joan. Borchart. in tract. de obligat. & actionib. cap. 2. & Wesenbec. in lectur. in tit. C. de reb. cred. & jurejur. pag. 357. & seqq.

Naturalia contractuum sunt ea, quæ contractui tacite insunt, si expressa non sint: sed pacto mutari vel tolli, citra ipsius contractus corruptionem, queunt. Mozzius d. tract. de contractib. art. 6. num. 1. Jul. Pac. d. Epit. jur. Disp. 12. thes. 7. Thad. Piso hic num. 9. Schrader. in tract. feud. part. 2. cap. 2. num. 48. Exempli gratiâ: secundum naturam venditionis obligatur venditor de evictione, etiam si hoc non sit expressè actum. l. ex empto. 11. §. 1. & 2. ff. de action. empt. & tamen in contrarium, salvo venditionis contractu, partes inter se pacisci possunt, ne venditor de evictione teneatur, d. l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. d. tit. latè Covarruv. lib. 3. var. resol. cap. 17. num. 2. Sic secundum naturam locationis est, ut locator teneatur ad ea omnia, quæ ex æquo & bono veniunt: veluti, ut fenestræ fiant, ostia refarciantur, & c. sed hæc pacto tolli posse, manente nihilominus eodem contractu, exploratum est, glos. & Bald. in d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. & son. in l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. Richter. d. Disp. 1. ad th. 8. Et talia naturalia videtur Papinianus vocare adminicula contractus. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. Scipio Gentil. d. tract. de solennitatibus, & c. cap. 2.

Solennia contractuum nuncupantur, quæ jure ad validitatem contractus, præter substantialia & naturalia, requiruntur, juxta Baldum in l. ad exactionem. 6. num. 3. C. de dotis promiss. & in repetit. l. 1. in 4. notab. C. de sacrosanct. Eccles. quem refert hic Schneidevvin. num. 21. Verbi gratiâ: si pupillus, aut minor, sine tutoris auctoritate & decreto judicis, rem immobilem alienet sive vendat: licet hæc venditio omnia sua substantialia habere videatur: si tamen in eâ non interveniat tutoris auctoritas, & decretum judicis, iste contractus minimè subsistit. l. obligari. 9. in princ. ff. de auctorit. & consens. tutor. l. non solum. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si prædium. 16. & tot. tit. Cod. de prædiis, & al. reb. minor. sine decret. non alienand. quantumvis minori utilis fuerit. l. fin. ibi, donandi causa & ibi, nisi ex magna utilitate. & c. ff. de curatoribus, furioso, & aliis, & c. l. Aristo. §. §. 1. ibi, adito prætor. l. ait Prætor. 7. §. ult. ibi, prætor aditus. ff. de jur. delib. l. magis puto. §. §. si es alienum. 14. & l. si fundus. 13. ff. de reb. eor. qui sub tutela, & c. & l. lex, quæ tutores. 22. circa finem. Cod. de administrat. tut. Fachin. lib. 3. controvers. jur. cap. 3. Simoncell. in tract. de Decret. lib. 3. tit. 8. inspect. 17. num. 125. & docuimus in §. 1. num. 24. infr. de iis, per quos agere possumus. Etsi verò plerique Doctores dicto modo inter substantiam & solennia contractus distinguunt: quia tamen contractus, de prædio minoris sine prædicta solennitate decreti judicis factus, ipso jure est nullus, d. tot. tit. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decret. non alien. & d. tot. tit. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. & c. consequens utique est, solennitatem illam esse de substantiâ contractus, quo res minorum alienatur. Unde perperam asseritur, quod venditio istarum rerum, sine judicis decreto celebrata, omnia sua substantialia habere censeatur. Si enim id verum esset: constitueretur isthac venditione firma obligatio, tametsi judicis decretum non intervenerit: quod tamen verè & jure dici nequit. Substantia quippe rei non consistit, si quid desit, quod rem ipsam subsistere facit. d. l. Julian. 9. §. sed si quis. 3. vers. nam mutata a formâ ff. ad exhibend. Non est ergo à substantiâ contractus separanda atque distinguenda solennitas contractus: ut disertè hic docet D. Collega Bocer. num. 120. & seqq. pag. 135. Eaque de re exquisitius dissertat Scipio Gentil. d. tract. de solennitatib. & c. cap. 5. & seqq.

Accidentalia contractus appellantur, quæ contractui præter ejus naturam, pacto contrahentium accedunt. Accurs. & Bald. in d. l. pacta conventa. 27. ff. de contrah. empt. Thadens Piso. hic n. 13. & Schneidevvin. num. 23.

Zafius in Epitom. feud. part. 1. num. 8. Menoch. conf. 37. n. 99. lib. 1. Veluti, si convenerit inter contrahentes, ut depositarius culpam quoque levem præstet. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. de positi.* vel si ille, qui vendit domum, cum emptore paciscatur, ut domum emptam sibi pro tali pretio usque ad tantum tempus locet. *l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.* vel si adjiciatur lex commissoria, addictio in diem, pactum de retrovendendo, &c. Et huc pertinet trita illa regula: Pacta dant legem vel formam contractui, vel formant contractum, *l. contractus. 23. vers. sed hæc ita. ff. de reg. jur. l. in conventionalib. § 2. in princ. ff. de verb. oblig.* Sed videatur Osvald. Hilliger. in prædicto Donello enucl. lib. 15. cap. 1. ad litteram A. ubi quadruplicem contractus formam subtilius declarat. Adde Corasium lib. 3. Miscel. jur. civil. cap. 10. n. 5. & seqq.

65 Quia porro in contractibus sæpe de dolo, culpâ, & casu fortuito quæri solet: ideò antequam ad particularem illorum expositionem deveniam, hæc singula paucis explicare, operæ pretium esse arbitror. A voce itaque Græcâ *δολος*, dictus est Latine dolus: eaque vox derivatur vel à verbo *δω*, quod ligare, vincire, adstringere significat; propterea quod homines dolo inducti sæpe ligentur sive adstringantur, obligationem aliquam suscipientes, unde facile extricari nequeant: vel à verbo *δω*, quod significat allicere, & veluti escâ quadam capere. Capiuntur etenim, qui dolo decipiuntur: proindeque capti dicuntur, qui dolo circumveniuntur. *l. denique. 3. §. ergo. §. l. verum. 11. §. sciendum. 3. ff. de minorib. l. quero. 39. ibi, ne aliquin emptor capiatur. ff. de actionib. empt.* Celsus Bargalius in tract. de dolo. lib. 1. cap. 1. num. 15. Quo pertinet illud Virgil. lib. 2. *Aeneidos*.

Talibus insidiis, perjurique arte Sinonis

Creditares: captique dolis, lacrymisque coacti.

& illud Ovidii Epistol. 20.

Verba, quid exaltas, tuasi mihi verba dederunt?

Sumque parum prudens capta puella dolis?

66 Cum autem dolus sit nomen generis, sicut adoptio, cognatio, & jurisdictio, boni malique doli species continens. *l. 1. §. 3. ibi, veteres dolum etiam bonum dicebant. ff. de dol. mal. in eo sensu acceptus, adeoque simpliciter consideratus, non ineptè ita definiri posse videtur: Dolus est juvandi nocendique causâ adhibita simulatio. Genus est simulatio: cætera definitioni inserta verba formam seu differentiam specificam constituunt. Nullus siquidem est dolus, qui aut juvandi causa, cujusmodi est dolus bonus; aut nocendi, qualis est dolus malus, non adhibeatur. Bargalius. d. lib. 1. cap. 1. num. 21. Nec movet objectio Labeonis existimantis, dolum reperiri etiam absque simulatione, dict. l. 1. §. 2. ff. de dol. mal. ut in furto & rapinâ, juxta Accursium ibid. super verb. & sine simulatione. Nam dolus hîc accipitur, prout in edicto Prætoris, qui scilicet non cadat in speciale nomen delicti, nec specialem actionem producat. dict.*

67 *l. 1. §. ibi, si de his rebus alia actio non erit, &c.* In quo dolo innominato semper inesse simulationem, certum est. Et si enim in furto, rapinâ, & similibus dolus insit; adeo, ut sine dolo non committantur. *l. 1. ff. de furt. §. 1. infr. de oblig. quæ ex del. nasc.* tamen furtum, aut rapinam non esse dolum, constat. Adde, quod in furto saltem occulto simulatio inest: item in eo, quod non à delicto, sed à contractu incipit: velut, si depositarius, aut commodatarius, ad aliû usum, quàm acceperit, re comodatâ utatur: negari simulatio nequit; cum simulet, se ad unum usum rem accipere, & convertat in alium. *l. si pignore. § 4. C. qui re sibi commodatâ. 76. l. fullo. 82. ff. de furt.* Cui consequens est, Servium Sulpitium immeritò reprehensum à Labeone in eâ parte, quod detur dolus sine simulatione. Sulpitius etenim definivit dolum, prout edicto Prætoris continetur: & vera est reprehensio isthæc in aliâ parte tantum, quod reperiat simulatio absque dolo malo, nempe cum dolum bonum facimus, rem nostram, vel alterius defendentes. *d. l. 1. §. 2. ibi, qui per ejusmodi dissimulationem tuentur vel sua, vel aliena. ff. de dol. mal.* Quare cum suprâ posita definitio utrumque dolum comprehendat, (in utroque quippe adest simulatio) eam amplecti debemus, maxime cum nemo ex juris Auctoribus dolum, ita in genere sumptum, definiverit, docente Bargalio d. lib. 1. c. 1. n. 20.

& seq. Verum de definitione doli plura novissimè eleganter tradidit Dn. Collega Besold. in *delibat. jur. ex lib. 4. Pand. tit. 3. pag. 344. & seqq.*

Definitioni doli proxima est divisio, quæ in duas deducitur species. Aut enim bonus dolus est, aut malus. *d. l. 1. §. 3. ff. de dol. mal.* Dolus bonus est, se ipsum, vel alterum, proprias res, vel alienas juvandi, inventa simulatio: qui dolus pro solertia & industria accipitur. *d. l. 1. §. 2. ibi, tuentur vel sua, vel aliena. & §. 3. ibi, pro solertia. ff. eod.* Quemadmodum de B. Athanasio traditur: qui, cum à Juliani Apostata satellitibus conquiretur ad necem; quâ fugiebat naviculâ conversa in contrariam fluminis partem, his, qui se insequabantur, ex industria occurrit: & quærentibus, nunquid de Athanasio sciret? respondit: se non longè illum navieuntem vidisse. Atque ita ficarios illos contrarium cursum tenentes, effugit: bonoque dolo malum exclusit: ut ex Parisio, consil. 67. num. 58. vol. 3. refert Bargalius d. tractat. de dol. lib. 1. cap. 3. num. 6. Hinc rectè quidam doli boni speciem, licitumque esse scribunt, fallaciter ex hostium potestate evadere, *l. nihil interest. 26. ff. de captiv. & postlim. revers. Hotom. lib. 4. observ. 4. vectigalia injusta & illicita fraudare. Barbat. & roman. in l. vectigalia. 10. ff. de publican. & vectigalib. Bald. in l. cum proponas. 3. Cod. de nautico fœn. & in l. 1. in princip. col. 1. C. de caduc. tollend. Tiraquell. de retract. Lignagier in præfat. num. 69. ubi plures citat custodes carceris, cui injustè quis mancipatus est, fallere. Decian. in tract. crimin. lib. 1. cap. 5. num. 16. Albanus in additionib. ad Bartol. in l. relegati. 4. in princip. lit. b. ff. de pœnis. aliq. per hunc allegati. in causa justa cavillationibus & fraudibus uti. *l. cum pater. 77. §. Titio. 31. in fin. ff. de legat. 2. glos. in c. cupientes. 16. in princip. super verb. malignantium de election. in 6. Tiraquell. in d. præfat. num. 71.* hostem actu, insidiis & stratagematibus circumvenire: modò sub ea specie fides data non fallatur, aut belli jura violentur. *Hotoman. illustr. quest. 7. Vand. lib. 1. quest. 51. Muret. lib. 18. var. lect. cap. 4. Antimachiavelli auctor lib. 3. theorema. 12. Waremund. de Erenb. Meditam. profæder. lib. 1. cap. 2. num. 60. & 69. Elias eufner. lib. 2. art. stratagemat. cap. 5. hosq. referens Hilliger. in Donnell. enucleat. lib. 15. c. 40. sub lit. C. pag. 1392. ubi plura doli boni exempla recenset: ut & Borcholt. in tractat. de pact. c. 6. num. 5. & Bargalius d. lib. 1. c. 3. & seqq. qui præ cæteris hanc materiam fusissimè explicat. Cæterum de isto dolo in hoc & seqq. titulis non agitur. Siquidem & a-71**

liàs dolum simpliciter cum dicimus, dolum malum ut plurimum intelligimus. *l. si dolo. §. & l. dolus emptoris. 10. C. de rescind. vend. l. dolo §. C. de inutil. stipul. l. dolum. 3. C. de peric. & commod. rei vend. cum similib. Cagnol. in l. omnis definitio 202. num. 68. ff. de reg. jur. Ant. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. latè Bargal. d. lib. 1. cap. 9. per tot.*

Dolus malus, ex Labeonis sententiâ, definitur omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. *d. l. 1. §. 3. in fin. ff. de dol. mal.* Quam definitionem verbis duntaxat, non verò re ipsâ à Servii definitione differre, non omnino insulse quis dixerit. Etenim utraque habet loco generis machinationem: utraque continet simulationem, ad fallendum, decipiendumque alterum adhibitam. Nam tantundem important illa Labeonis verba, *calliditatem, fallaciam ad circumveniendum*, quantum illa Servii Sulpitii, *cum aliud agitur, aliud simulatur*. Calliditas quippe vel fallacia sine simulatione esse nequit: quoniam si apertâ fronte machinatio adhiberetur; calliditas, vel fallacia dici non posset. Sed vide utramque istam definitionem ingeniosè, contra alios, defendentem Celsum Bargalium sæpe allegato tractat. de dol. lib. 2. cap. 1. ubi num. 31. plures diversorum interpretum definitiones recitat. Sanè & alius perhibetur dolus, re ipsâ contingens, absque fraudulenta machinatione, & contra simulationem; quem negocialem indigitat Jacob. Gurteus ad d. l. 2. C. de rescind. vend. pag. 88. quo contrahentibus se circumscribere concessum est naturaliter, id est, ex naturâ contractus, *ἐμπόρεως*, sive negociativè. *l. in causa. 16. §. pen. ff. de minor. l. item si. 22. §. ult. ff. locati. Novell. 97. c. 1. propter substantiâ contractus, & votum contrahentiû.*

Petr. Fab. ad l. 206. ff. de reg. jur. pag. 786. vel re ipsa ac facto, citra personalem circumscriptionem. Anton. Fab. lib. 8. conject. cap. 5. Qui tamen dolus, proprie bonus minus recte statuitur: sed nec doli mali species est. Cæterum vocatur ita ob similitudinem, verè non est: & cum dolo vero, bono malovè, convenit genere non synonymo, sed homonymo; docente Hilligero d. lib. 15. cap. 40. lit. C. pag. 1393. Hucq; referantur, qua annotavimus ad §. 1. n. 18. & seqq. infr. de empt. & vendit. De multiplici autem doli mali specie consulatur Bargalius d. lib. 2. cap. 1. & aliquot seqq.

- 74 Culpam dupliciter accipi & considerari; in genere, & in specie, non obscurum est. In genere considerata, dolum & quodcunque factum illicitum complectitur. *l. si servum. 91. ff. de verb. oblig. l. magna. 226. ff. de verb. significat. Alciat. in l. lata culpa, 223. num. 1. ff. eod. t. Justus Mejer. in Commentatione, de culpa in contractib. prestanda. th. 3. & seqq.* Et de hac nobis sermo non est: cum juris auctores perpetuò dolum à culpâ sejungant, ut in *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. si, ut certo §. 2. ff. commodati. l. procuratorem. 11. & l. à procuratore. 13. C. mandati. cum multis similibus.* In speciali significatione culpa sic commode describitur: ut sit imprudentia, quâ homines circa res alienas, vel negligunt, quod fieri oportet; vel faciunt, quod omitti debet. *Coras. lib. 4. miscellan. jur. civ. cap. 1. num. 9. Ant. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. Generis loco ponitur, imprudentia. Quia si quippiam à sciente prudenteque fieret; factum hoc non culpa, quam inscientes & improvidi duntaxat contrahunt, dici posset, sed in dolum incideret. d. l. 1. §. 2. ff. de dol. mal. Additur, circa res alienas. Quoniam in rerum propriarum administratione culpa proprie non consideratur, nec puni-
tur. *l. etiam filios. 18. §. 1. ff. solut. matrim. nisi in nimum rei suæ abusum abeat. §. 2. vers. sed & major. supr. de his, qui sui, vel al. jur. sunt. l. 2. ff. eod. Gæddens in l. cedere. 213. §. ultim. num. 1. ff. de verb. significat. Dicitur, vel negligunt, quod fieri oportet. Quia culpa plerunque in desidia & negligentia consistit; & nihil aliud, quàm negligentia censetur. §. Præterea & is. 3. infra tit. proximo. d. l. si, ut certo. §. 2. ff. commodati. l. socius socio. 72. ff. pro socio. §. ult. infr. de societate. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. D. Bocer. in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 3. num. 4. Adjicitur quoque, vel faciunt, quod omitti debet. Quandoquidem culpa non in desidia tantum & negligentia, sed quandoque etiam in facto versatur. *l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil. d. l. si servum. 91. ff. de verb. obligat. Coras. d. lib. 4. miscellan. cap. 1. num. 9. in fine. Plures culpæ definitiones ex Doctoribus refert Bargalius d. tract. de dolo. lib. 5. cap. 1. num. 11. & seqq. item Hilliger. in Donello enucleat. lib. 16. c. 7. lit. A.***

- 77 Quanquam autem Bartolus & reliqui Dd. in *l. quod Nerva. 32. ff. deposit. quinque culpæ species constituunt; latissimam, latiore, latam, levem & levissimam: & quamquam etiam Donellus ad l. procuratorem. 11. num. 18. cum seqq. C. mandat. & lib. 16. Comment. de jure civil. cap. 7. pag. 620. latam duntaxat & levem culpam agnoscit; alique aliter culpam distinguunt, ut apparet ex notatis Gothofredi ad d. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. & Bargalii d. lib. 5. c. 1. num. 15. & seqq. verior tamen est sententia eorum, qui culpæ nullas species (siquidem majus & minus non constituunt diversas species. *l. ult. ff. de instruct. & instrum. legat. l. is, cui via. 11. ff. quemadm. servit. amitt. l. aut damnum. 8. §. inter eos. 6. ff. de pœnis. Zasius lib. 1. sing. respons. cap. 2. num. 1. Georg. Everhard. conf. 34. num. 61. vol. 2. eosque laudans. D. Mundius in Comment. de diffamat. cap. 2. num. 70.*) tres verò gradus, nimirum culpam latam,*

- 78 levem, & levissimam, faciunt. Quotquot enim sunt gradus diligentia: totidem etiam esse gradus culpæ seu negligentia: necessariò consequitur. Ist hæc namque duo, culpam & negligentiam, idem valere, paulò antè ostensum est, ex *d. §. ult. infr. de societate. d. l. magna. 226. ff. de verb. significat. & similib.* Atqui in jure diligentia reperitur summa sive exactissima; diligentia mediocris, sive media; & diligentia exigua sive minima. *l. regula. 9. §. sed facti. 2. ff. de jur. & fact. ignorant. l. in rebus. 18. in princ. ff. commodat. d. §. ultim. infr. de societate.* Est ergo & negligen-

tia sive culpa summa, vel (quod idem est) lata culpa. *d. l. regula. 9. §. 2. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cedere diem. 213. & l. lata culpa. 223. ff. de verb. fig.* Est & negligentia sive culpa levis. *l. homo liber. §. 4. §. 2. ff. de acquir. rer. dom. l. cum res. 47. §. culpa. §. ff. de legat. 1. l. tutori. 20. C. de negot. gest.* Est item negligentia sive culpa minima, quæ levissima dicitur. *l. in lege. 44. ff. ad l. Aquil.* Et exactissima diligentia, culpæ levissima; media diligentia, levi culpæ; minima diligentia, latæ culpæ opponitur. Atque hi tres culpæ gradus manifestè colliguntur ex *d. l. cum res. 47. §. culpa. §. ff. de leg. 1. ubi fit mentio culpæ latæ, levis, & diligentia,* per quam ex opposito significari culpam levissimam, non dubitandum est. Idem perspicuè confirmatur ex *l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Cum enim Ulpianus ibi dixisset, esse quosdam contractus, qui dolum & culpam recipiant: quosdam, qui dolum & culpam levem: tandem subicit, esse quosdam ex numeratis, qui præter dolum & culpam levem, recipiant etiam diligentiam, id est, culpam levissimam. Nisi enim diligentia, pro exactissimâ diligentia accipiat: vana & nullius momenti esset evidens culpæ & diligentia separatio ab Ulpiano facta, in *l. si, ut certo. §. 2. nunc videndum. 2. in fin. ff. commodati.* vana quoque & ridicula esset ejusdem Jurisconsulti repetitio, in *d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur.* Atque illam inter culpam latam, levem & levissimam distinctionem, ut verissimam, approbant Wesenbecius & Hotoman. in *d. §. præterea. infr. tit. proximo. Coras. d. lib. 4. Miscellan. jur. civ. cap. 1. num. 11. Duarenus in tract. de in lit. jur. num. 33. & ad tit. C. de commodato. cap. 8. & ad l. si mora. 9. vers. non etiam culpam. ff. solut. matrim. Borcholt. in tract. de pact. c. 5. num. 11. D. Collega Bocer. in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 3. num. 10. & seqq. edit. 2. Schegk. in delib. jur. Disput. 15. thes. 43. ad lit. B. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 4. lit. I. pag. 357. Petr. Gregor. lib. 21. syntagm. c. 11. num. 4. Hopperus lib. 1. περὶ ἀνὸν, pag. 29. Charond. lib. 3. verisim. cap. 9. Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 17. num. 3. & 4. Jacob. Curt. lib. 2. conjectur. ad fratr. c. 28. Lycklama lib. 7. Membran. 34. Decian. lib. 1. praxis criminal. c. 6. num. 8. hosque citans Hilligerus in Donello enucleat. lib. 16. c. 7. ad lit. F. Timaus Faber disp. 22. ad Instit. Imperial. th. 12. lit. b. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 3. quest. 3. pag. 934. Joann. Leonhardus Breitschneider. in tractat. de casibus fortuit. part. 1. c. 1. sect. 3. & Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. q. 1. punct. 6. n. 1. pag. 367.*

Et si verò (attestantibus Corasio & Duareno locis pro-
ximè allegatis) certissimâ juris definitione culparum gra-
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

- l. impaberibus. 7. §. si fraus. 1. ff. de suspect. tutor. d. l. cum res. 47. §. culpa. 5. ff. de legat. 1. l. si fortuito 11. ff. de incend. ruin. naufrag. l. mulier. 22. §. sed enim. 3. ff. ad SC. Trebell. l. quasitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precario. l. 1. §. 2. vers. culpa. ff. si is, qui testam. liber esse iussus erit, &c. d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. l. is, cui. 5. §. dolum. 15. ff. ut. in poss. legator. &c. Enimvero proprie loquendo*
- 82 lata culpa longè à dolo differt. Nam dolus est fraus certa: culpa lata prope fraudem accedit, vel quasi fraus est, sive fraus intellecta & præsumpta. c. 2. in princ. ext. de deposito, Coras. d. l. 4. miscell. jur. civ. cap. 1. n. 13. latè Bargalius præallegato tract. de dolo. lib. 5. cap. 2. n. 20. & seqq.
- 83 Levis culpa est prætermisio mediocris diligentiae. D. Bocer. d. Comment. ad l. contractus. 23. cap. 3. num. 18. ff. de reg. jur. ed. 2. Vel, levis culpa est, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias, secundum communem hominum naturam, præcavere & evitare potuisset. Ei enim opponitur diligentia, qualem bonus paterfamilias suis adhibere rebus solet. l. heredes. 25. §. non tantum. ff. famil. ercisc. d. l. mulier. 22. §. sed enim. ff. ad SC. Trebell. l. quod sape. 3. §. si res vendita. ff. de contrah. empt. Ut, si quis annulum commodatum, aut aliam rem preciosam, & quæ facile intercipi poterat, non condiderit in arcâ, sed in mediâ domo cuius expositam dimiserit. Duaren. in d. l. si mora. 9. ff. solut. matrim. Et hanc culpam in dubio Legislatore intelligunt, quando sine adiectione culpam simpliciter exprimunt. arg. §. præterea. 3. infr. tit. proximo. l. socius socio. 72. ff. pro socio. l. si mora. 9. ibiq. fason. num. 8. & l. si filio familias. 25. §. 1. ff. solut. matrim. Quod ita tamen exaudiendum: si materia subjecta aliud non suadeat: ut, post Bartol. in l. in vendition. 8. §. si quis fructus. num. 6. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. Baldum in l. qua fortuitis. 6. vers. sed dubitatur. C. de pignorat. act. Zafium responso. lib. 1. consil. 20. num. 17. Alciatum in d. l. magna. 226. num. 5. ff. de verb. signif. Decium, Cagnolum & alios in d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. pluribus ostendit Bargalius d. tract. de dol. lib. 5. cap. 3. num. 18. & seqq.
- 84 Levissima culpa est prætermisio summæ diligentiae, tradente D. Bocero d. Commentar. ad l. contractus 23. cap. 3. num. 22. ff. de reg. jur. Vel, levissima culpa dicitur: cum quis mediocrem diligentiam in re custodienda adhibet: sed culpam tamen admittit, in quam vir diligentissimus & sagacissimus non incidisset. l. in rebus. 18. in princ. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & actionib. Exempli gratia: si quis gemmam sibi commodatam inclusit in arca, & ei fur arte aliquâ illam abstulerit & surripuerit. Hic sanè casus cum ab homine diligentissimo prævideri potuerit, casibus fortuitis non annumeratur, licet quàm proximè ad eos accedat, l. cum duob. 52. §. damna. 3. ff. pro socio l. nauta. 5. §. 1. ff. nauta. caupon. stabularii, &c. Excipitur furtum domesticum: idque non sine magna ratione: quia solet numerari inter casus fortuitos: cum furtum domesticum hominis etiam sagacissimi & prudentissimi, consilio prævideri non possit, arg. l. eum, qui. 4. §. idem scribit. 6. ff. de furt. Schneidevvin. ad princ. infr. tit. prox. num. 34. Duaren. ad prædictum tit. C. de commodato. cap. 8. Farinacius part. 7. praxis criminal. tit. 17. de furt. quest. 169. num. 21. ubi plures citat. Et eâ de re vide diversimodè sentientes Wesenbecium part. 1. consil. 36. num. 28. & 29. Andreæ Cludium in tract. de condict. furtiv. cap. 2. ad fin. fasonem in §. sed ista. num. 46. infr. de actionibus. & l. 1. C. deposit. Riminaldum consil. 164. & seq. num. 206. Romanum. consil. 413. num. 11. & Bossium in præct. criminal. tit. de remiss. merced. num. 75. hosque referentem Stuckium. part. 1. Exercit. Justin. decad. 9. assert. 4. lit. K. pag. 358.
- 86 Estigitur casus fortuitus nihil aliud, quàm inopinatus eventus, quem nullum consilium humanum prævidere potest. l. 2. §. si eo tempore. 7. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. d. l. qua fortuitis. 6. Cod. de pignorat. act. aut, cui prævisio etiam humana diligentia & cura resistere nequit, l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locati. l. in reb. 18. ff. commodati. d. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & action. l. in iudicio. 28. Cod. de locato. Donell. libr. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 6. pag. 617. num. 30. P. Gregor. lib. 21. syntagm. cap. 12. num. 1. Sebastian. Medic. De fortuit. cas. part. 1. quest. 12. Monoch. de recuper. poss. remed. 12. num. 23. Delrio ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 1. sub finem. & ibidem D. Bocerus cap. 3. num. 30. cum seq. Breitshverdt. d. tract. de casib. fortuit. c. 2. sect. 2. Ricciard. in d. §. item is, cui. 2. infr. quib. mod. recontrahit. oblig. num. 24. & seqq. ubi multa fortuitorum casuum exempla recenset. De incendio, nunquid casibus fortuitis, an culpæ, sit accensendum, controversitur? Et illud inter casus fortuitos numerandum, aperte evincit d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. d. l. si, ut certo. 5. §. quod verò. 4. & d. l. in rebus. 18. ff. commodati. cum similibus. 1. & §. 88. Quibus non repugnat l. 3. §. ut curam. 4. ff. de offic. præfect. vigil. ubi dicitur, incendia oriri negligentia seu culpâ inhabitantium. Nam dum Paulus JC. in ea lege incendium culpâ inquilinorum accidere posse affirmat, eo ipso præsupponit, incendium aliquando etiam citra inhabitantium culpam fieri. Proinde rectè statuitur; incendium non simpliciter culpæ adscribendum; sed interdum casum fortuitum esse, nimirum à fulmine, vel à pravis hominibus & incendiariis excitatum. Delrio ad d. l. 23. ff. de reg. jur. c. 26. Similiter non obstat l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vend. cujus in principio expresse assertitur, incendium sine culpa inhabitantium fieri non posse. Etenim in quæstione loco rationis dubitandi adductâ hoc quidem dicitur: in responsione verò longè aliud deceditur. In ea siquidem Jurisconsultus dubitandi rationem removendo clarè disponit: incendium etiam sine patrisfamilias culpâ, adeoque casu quodam exoriri posse, Verùm hac de re consulantur Cujacius lib. 17. observat. cap. 20. in fine. Pacius centur. 1. c. 110. quest. 45. Virgil. Pingiz. cap. 2. illustr. quest. Sax. 23. num. 7. & seqq. Hotoman. lib. 5. observ. 10. Modestin. Pistoris part. 1. quest. 25. Sebast. Medic. de fortuit. cas. part. 2. quest. 7. Joan. Lublerus in tract. d. incend. hosque referens Hilligerus in Donell. enucleat lib. 16. cap. 6. ad lit. K. item Nicolaus Sudorius lib. 2. Disput. juris civil. sub tit. de incendio adium. pag. 141. cum seqq. Gail. lib. 2. observat. 22. Mynfinger. cent. 6. observat. 88. Paul. Berens Disput. 9. them. 2. quest. 5. Vincentius Carocius in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de incendio, &c. pag. 166. cum seqq. & Hackelman. illustrium quæstion. Disput. 9. thes. 3. sub lit. A. Cæterum an & quatenus dominus seu paterfamilias ex incendio, culpâ suæ familiæ sive domesticorum causato, teneatur, explicatius exequuntur Andreas Rauchbar. quest. jur. 10. part. 2. Farinac. in prax. crimin. part. 3. quest. 110. Berlichius part. 4. conclusionum practicabil. concl. 25. Breitshverdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 5. sect. 11. D. Collega Besold. in delib. jur. ex lib. 1. Pandect. num. 48. pag. 154. cum seqq. item ex lib. 9. Pand. n. 5. pag. 573. & seq. aliq. plures, per eos citati.
- Quibus omnibus ita distinctis ac explicatis, quæri potest non inconvenienter: quid in quolibet contractu veniat præstandum? Et pro regulâ breviter observandum est: quod contractus alii uniustantum causa, sive ad unius utilitatem fiant; ut commodatum, ut depositum: alii utriusque gratiâ celebrentur; ut emptio, locatio, pignus, societas, &c. Ubi utriusque contrahentis utilitas vertitur: ibi dolus, lata & levis culpa præstat. Ubi verò alterius tantum vertitur utilitas; siquidem accipientis, ut in commodato; dolus, lata, levis & levissima; sin dantis, dolus & lata duntaxat culpa, ut in deposito, præstat. Nulli autem istorum contractuum sui naturâ casum fortuitum admittunt. d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibiq. D. Bocerus cap. 3. Breitshverdt. d. tract. de casib. fortuit. cap. 1. sect. 4. Lopez. d. lib. singul. animadvers. jur. civ. cap. 17. num. 7. Timans Faber. d. disp. 22. th. 12. sub lit. b. Bonacina d. tract. de contract. disp. 3. quest. 1. punct. 6. num. 5. cum seqq. pag. 367. & seq. Et nos (volente domino) in titulis sequentibus de singulis contractibus exponemus accuratius. Num porro in contractibus, vel quasi, sit præstanda culpa levissima, fusissimè explicat Erasmus Ungepaup exercit. Justin. 12 quest. 7. pag. 461. & aliquot seqq. De prædictis videatur etiam Everhard. Bronchorst. cent. 2. c. 10. v. 10. p. 20. v. 10. assert. 33. pag. 255. & seq. edit. 2. nec non Justus Mejer. in d. Comment. de culpa in contract. præstanda. th. 18. cum multis seqq. ubi Donelli, levissimam culpam planè reicientis, singula argumenta solidè refutat.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

TIT. XV.

Principium Tituli.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurâ constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur: inde etiam mutuum appellatum est; quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur condictio.

SUMMARIA.

- 1 Connexio hujus tituli cum præcedente.
- 2 Contractus re contrahi quare dicantur.
- 3 In contractu, qui re sunt, societatem admittitur quoque permutatio, & contractus innominati.
- 4 Cur tantum quinque contractus reales hic exponantur.
- 5 Mutuum unde appelletur.
- 6 Cujacii derivatio mutui exploditur.
- 7 Mutui definitio, hujusque diligens explicatio.
- 8 Mutuum verus ac proprius contractus.
- 9 Quando contractus dicatur propriè celebratus, quando item impropiè.
- 10 Cur mutuum sit contractus reinitus.
- 11 Cur itidem nominatus, & juris gentium.
- 12 Mutuus debet esse rei mutuanda dominus.
- 13 Quantitatis nomine quid significetur.
- 14 Mutuum quomodo differat à commodato, deposito & pignore.
- 15 Dare, est dominium transferre.
- 16 Alia differentia inter mutuum & inter commodatum atque depositum.
- 17 Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet.
- 18 Tres mutui species, juxta Doctores.
- 19 Mutuum naturale tantum, civile tantum, & mixtum.
- 20 Ista divisio rejicitur, & unicum duntaxat mutuum statuitur.
- 21 Mutuum, secundum quosdam, aliud proprium, aliud impropium.
- 22 Hac quoque divisio reprehenditur.
- 23 Mutuum contrahere qui possint.
- 24 Nemo in alium plus juris transferre potest, quam ipse habet.
- 25 In quovis contractu omnium contrahentium consensus necessarius.
- 26 Fures, aliivè rem alicui alienam mutuam dando, nihil agunt.
- 27 Ex consumptione pecunia aliena, bonâ fide factâ, non mutuum conciliari; sed conditionem nasci, contra D. Bocerum & alios, defenditur.
- 28 Consideratio l. pater filia. 81. ff. de jure dot.
- 29 Ex separatim nulla est illatio.
- 30 Præsides provinciarum mutui contractum celebrare prohibentur.
- 31 Omnes leges Codicis ad certam facti speciem enata.
- 32 Intellectus l. præsidis. 34. ff. de reb. credit.
- 33 Quatenus Magistratus nostri temporis, contractus cum subditis suis inire possint.
- 34 Intellectus l. 1. C. de his, qui public. rationib. &c.
- 35 Magistratibus provincialibus mutuam pecuniam accipere licet.
- 36 Intellectus l. quisquis. 16. C. si cert. petatur.
- 37 Intellectus l. scriniarios. 8. C. de numerariis, &c.
- 38 Filiis familias & servi nummos peculiares mutuos dantes, patris, & domini voluntate id facere censentur.
- 39 Filiis familias mutuam pecuniam dare nemo potest.
- 40 Filiis familias ex omni negotio regulariter obligatur.
- 41 An & quatenus pupillus mutuam pecuniam, sine tutore suo, accipiendo obligetur.
- 42 Quatenus minor. 25. annis, curatorem habens, ex mutuo, sine illius consensu obligari possit.
- 43 An & quatenus civitas, accipiendo mutuam pecuniam, obstringi queat.
- 44 Sine lege nihil affirmandum.
- 45 Civitas consensus, ad obligandum sufficiens, interponere potest.
- 46 Prælatus Ecclesie unâ cum capitulo mutuam accipiens pecuniam, ad eam reddendam obligatur.
- 47 Explicatio l. civitas. 27. ff. de reb. credit.
- 48 Incivile est, nisi totâ lege perspectâ, judicare vel respondere.
- 49 Civitatis administratores vel syndici, civitatis nomine contrahentes, quatenus & quâ actione teneantur.
- 50 Nemo debet cum alterius detrimento locupletari.
- 51 Pecuniam in utilitatem civitatis conversam esse, quomodo probetur.
- 52 Sententia l. ult. ff. de exercit. act.
- 53 Quatenus civitas restitutionem in integrum implorare possit.
- 54 Nunquid ludens, si collutori suo pecuniam mutuat, ejus ex actionem sive conditionem habeat.
- 55 Lusus prodigalitatis instrumentum.
- 56 Schacchorum ludus ceteris preferendus.
- 57 Quæ leges in ludendo observanda.
- 58 Lupus est homini homo.
- 59 Mutui datio in quibus rebus consistat.
- 60 Aliud pro alio, invito creditori solvi nequit.
- 61 Nullum simile est idem: item num grex ad numerum mutuo dari queat.
- 62 Panes, pisces, carnes &c. an mutuo dari possint.
- 63 Ecquid mutuum sit, si iidem nummi mutuo dati reddantur.
- 64 Accidentia substantiam vel naturam rei non immutant.
- 65 Cujusque contractus initium spectandum.
- 66 Favorsi suo cuilibet renunciare licet.
- 67 Consideratio l. 2. in princip. ff. de reb. credit.
- 68 Quod actum est, servari debet.
- 69 Modus dandi & accipiendi mutuum quid concernat.
- 70 Communis mutuum dandi modus quis.
- 71 Conciliatio l. si ego. 18. in princip. ff. de reb. credit. cum l. cum in corpus. 36. ff. de acquir. rer. domin.
- 72 D. Bocerii instantia retunditur.
- 73 Si decem dem. & paciscar, ut undecim reddas, an obligatio ultra decem nascatur.
- 74 Usura pecunia credita ex pacto non debentur.
- 75 Donatio sine utriusque voluntate non contrahitur.
- 76 Pactum, formam mutui destruens, non valet.
- 77 Singularis mutuum dandi modus.
- 78 Per liberam personam, juri nostro non subjectam, dominium non acquiritur.
- 79 Ratihabitio ad tempus contractus retrahitur.
- 80 Alius singularis mutuum dandi modus.
- 81 Sensus l. quod si. 10. ff. de reb. credit.
- 82 Alius modus mutuum dandi singularis.
- 83 L. singularia. 15. ff. de reb. credit. conciliatur cum l. qui negocia. 34. ff. mandati.
- 84 Nulla in jure contrarietas, qua explicari nequeat.
- 85 Instantia diluitur.
- 86 Respondetur ad aliam instantiam.
- 87 Multiplex verbi epistolæ significatio.
- 88 A propriâ verbi significatione non recedendum.
- 89 Alius mutuum dandi modus singulariter receptus.
- 90 Expositio l. rogasti. 19. in princip. ff. de præscript. verb.
- 91 Conciliatio l. qui negocia. 34. in princip. vers. his argumentum. ff. mandat. cum l. rogasti. 11. in principio ff. de reb. credit.
- 92 Modus dandi & accipiendi mutuum; adjunctam mutui qualitatem concernens.
- 93 Mutuum suâ naturâ gratuitum.
- 94 Quibus casibus mutuarius licitas præstet usuras.
- 95 Mutuum contrahitur vel purè, vel ad certum diem vel sub conditione.
- 96 An mutuatus pecuniam purè, eam statim reposcenti creditori restituere teneatur.
- 97 Contractus cur sint inventi.
- 98 Homines hominum beneficiis jurvari oportet, non decipi.
- 99 Consideratio l. eum, qui Calendis. 41. §. ff. de verb. obligat.
- 100 Benignius leges interpretanda sunt.
- 101 Vtrum in diem quod debetur, creditori invito ante diem rectè solvatur.
- 102 Quodnam rectè solvi posse dicatur.
- 103 Quando à propriâ significatione verborum recedi oporteat.
- 104 Quid dicatur alicui liberum esse.
- 105 Matrimonia debent esse libera.
- 106 Diei adjectio est pro reo sive debitore.
- 107 Cuius licitum est beneficium, pro se introductum, contemnere.
- 108 Summa l. eum, qui rogatus. 15. ff. de annuis legat.
- 109 Sententia l. si soluturus. 39. vers. quid enim. ff. de solutionib.
- 110 Intellectus l. creditor. 102. in princip. ff. de solutionibus.
- 111 Necessitas non subest legi.
- 112 Sensus l. 2. §. idem Iulianus. & l. is, qui certo. 9. ff. de eo, quod certo loco, &c.
- 113 Mens l. item illa. 18. in princip. ff. de constit. pecun.
- 114 Sententia l. sed etsi ante. 10. ff. ad Senatusconsult. Trebell.
- 115 Explicatio l. qui Roma. 122. in princip. ff. de verb. obligat.
- 116 D. Bocerii reclamantis objectiones referuntur & improbantur.
- 117 An eadem ratio solutionis faciendâ certo tempore, qua est solutionis certo loco præstanda.
- 118 Consideratio l. rescriptum. 12. in principio. ff. de distract. pignor.

- 119 Quis non posse dicatur.
- 120 Quid dicatur propriè, vel impropiè liberum.
- 121 Quid verbum (liberi) importet.
- 122 Consideratio l. stipulatio ista. 38. §. 16. ff. de verb. oblig. & l. quod certa. 70. ff. de solutionib.
- 123 Ad aliam Boceri instantiam responderetur.
- 124 An, si mutuum pecuniam mihi purè promittas, & eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim.
- 125 Involens eum Paulo conciliatur.
- 126 Cur stipulator conditionalis, pendente conditione, sit creditor.
- 127 Actio, ex mutuo descendens, quomodo appellatur.
- 128 Certi conditio duplex; specialis & generalis, secundum Dd.
- 129 Actionis nomen hodie in libello exprimi non solet.
- 130 Unicam duntaxat generalem certi conditionem esse demonstratur.
- 131 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 132 An & quatenus genus in speciem transeat.
- 133 Diversitas & identitas actionum ex medio concludendi cognoscitur.
- 134 Iustinianus in fine huius principii quomodo exaudiendus.
- 135 Intellectus l. 1. in princ. ff. de condit. triticar.
- 136 Effectus sua causa commensurari debet.
- 137 Eodem modo contrahitur mutuum, quo indebitum.
- 138 Quatenus provisio generalis non excludat specialem.
- 139 Mutuatarius rem creditam quomodo restituere teneatur.
- 140 Num liceat invito creditori reddere melius, quàm id, quod datum est.
- 141 Aliud pro alio invito creditori solvi nequit.
- 142 Minor numerus majori inesse dicitur.
- 143 Iura debitoribus favent in dissolvendâ obligatione.
- 144 Precedentium limitatio.
- 145 Conventione effici potest, ut pro mutuo vino veteri reddatur novum.
- 146 An debitor partem debiti, etiam invito creditori solvere queat.
- 147 Explicatur l. tutor. 41. §. Lucius. ff. de usur.
- 148 Pœna facit stipulationem individuum.
- 149 Summa l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionibus empt.
- 150 Actio pignoratitia quando sortitur locum.
- 151 Summa l. cum fundus. 31. ff. de reb. credit.
- 152 Summa l. si servus. 57. in princ. ff. de adilit. edict.
- 153 Summa l. si pater. 8. in fin. C. de actionib. empt.
- 154 Sortem sine usuris quis recipere non cogitur.
- 155 Quo quid modo contractum est, eodem etiam modo dissolvitur, & num. 173. & 181.
- 156 Natura conventionis qua.
- 157 Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet.
- 158 Particularis solutio magna incommoda habet.
- 159 Mens & sententia l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit.
- 160 In confidentem nulla sunt partes judicantis.
- 161 Prator lites minuere debet.
- 162 Intellectus l. cum heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liber.
- 163 In favorem libertatis multa specialia recepta.
- 164 Ratione legis cessante, cessat & ipsa legis dispositio.
- 165 Argumentum à contrario sensu legis regulariter validum.
- 166 Intellectus l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionibus.
- 167 Compensationis definitio.
- 168 Interest nostra, potius non solvere, quàm solutum repetere.
- 169 Dolo facit, qui petit, quod restituere tenetur.
- 170 Explicatur l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat.
- 171 Cui quid præsinitum esse dicatur.
- 172 Declaratio §. 1. infr. quib. mod. tollit obligat.
- 173 Acceptilationis natura.
- 174 Quando solutio fiat.
- 175 Permissum est singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii solvere creditori invito.
- 176 Æs alienum defuncti lege XII. tabb. inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur.
- 177 Lex illa XII. tabb. neque iniqua est, neque damnosa.
- 178 Consideratio l. placuit. 4. C. de collatione fundor. patrimonial.
- 179 Consideratio l. in commodato. 17. §. duabus. 4. ff. commodati.
- 180 Nemo creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem potest facere deteriore.
- 181 Exponitur l. ultim. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.
- 182 An pro vino vel frumento mutuo, debitor estimationem invito creditori solvere possit.
- 183 Aliud merx, aliud precium.
- 184 Aliud pro alio, creditori invito solvi nequit, & num. 200.
- 185 Enodatur l. vinum 22. ff. de reb. credit.
- 186 Perpenditur l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionibus.
- 187 Examinatur l. si ita fideiussorem. 42. ff. de fideiussoribus.
- 188 Nihil refert, quid ex aequipollentibus fiat.
- 189 Quando estimatio vice rei fungatur.
- 190 Verum nummis aureis generaliter mutuo datis, debitor alterius generis nummos solvendo liberetur.
- 191 Pecunia bonitas ac substantia in quo consistat.
- 192 Quæ stipulatio non valeat.
- 193 Summa l. Titia. 35. in princ. ff. de aur. & argent. legat.
- 194 Summa l. unic. C. de collatione aris, &c.
- 195 Nummi rebus incorporalibus accensentur.
- 196 Ex quâ materiâ nummi cudi soleant.
- 197 Summa l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.
- 198 In quo creditoris versetur incommodum.
- 199 Ferdinandi Imp. constitutio.
- 200 Mutuum eadem bonitate, quâ datum est, reddi debet.
- 201 In nummis non materia externa, sed valor spectatur.
- 202 Instantia diluitur.
- 203 D. Boceri dissentientis fundamenta destruantur.
- 204 Consideratio d. l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.
- 205 Sensus & consideratio l. qua extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verb. obligat.
- 206 Debitor non plus juris habet adversus creditorem privilegiatum, quàm non privilegiatum.
- 207 Mutatione moneta factâ, cuius temporis aestimatio vel quantitas in mutuo reddendo sit spectanda.
- 208 Moneta mutatio duplex: intrinseca, & extrinseca.
- 209 Quid juris, si intrinseca moneta bonitas mutata fuerit.
- 210 Quid, si extrinseca moneta bonitas sit mutata.
- 211 In mutuo quid actum intelligatur.
- 212 In contractibus qua aestimatio sit inspicenda.
- 213 Omnis obligatio, ex datione pecunia descendens, certa.
- 214 Natura mutui qua.
- 215 Nemini officium suum debet esse damnosum.
- 216 Causa finalis mutui.
- 217 In contractibus ad verisimilem contrahentium mentem recurrendum.
- 218 De verbis non curandum, cum de mente constat.
- 219 Verba se habent, ut corpus: mens verò, ut spiritus.
- 220 In dubio Cameralibus præjudiciis inharendum.
- 221 Mens & sententia l. cum certum. 9. ff. de aur. & arg. legat.
- 222 Aliud res, aliud ejus aestimatio.
- 223 Sensus l. creditorem. 99. ff. de solutionibus.
- 224 Casus fortuiti an & quando à debitore præstentur.
- 225 Cur à mutui actione casus fortuitus debitorem liberare nequeat.
- 226 Genus perire non potest.
- 227 Res domino suo perit.
- 228 Facti species primi consilii Facultatis juridica Tubingensis.
- 229 In reuisione reddituum num tempus contractus, an solutionis, inspicendum.
- 230 Pacto contrahentium in qualitate solutionis standum.
- 231 Vera valuatiosive aestimatio moneta, tractum temporis successivum requirit.
- 232 Moneta quomodo calculanda ac aestimanda.
- 233 In monetâ perpetua spectari aestimatio debet.
- 234 Non ex momentis temporum pretia constituuntur.
- 235 Cur vilis moneta diu in eodem statu durare nequeat.
- 236 Contrahentium verba in proprio & juridico sensu accipienda.
- 237 Facti species secundi consilii, à Collegio Iuristico Tubingensi super renummariâ confecti.
- 238 Quaestiones sex ad consultandum proposita.
- 239 Rationes dubitandi referuntur.
- 240 Instrumentum facit probationem probatam, diciturque veritas apparens.
- 241 Quatenus contra tenorem instrumenti probatio admittatur.
- 242 Declaratio vel aestimatio pecunia, in instrumento expressa, attenditur.
- 243 Principes & publica persona ad fidem servandam comprimis adstringuntur.
- 244 Moneta secundum temporum & regionum morem aestimanda.
- 245 Moneta mutatio quando non attendatur.
- 246 Tempus minuit monetam; priorque melior censetur posteriore.
- 247 Bona leges, ex malis moribus nata, raro durationem habent.
- 248 Ex incerto eventu dependens latio, considerari non debet.
- 249 Incertitudo facit licitum, quod alias est illicitum.
- 250 Volenti non fit injuria.
- 251 Recensentur rationes decidendi.
- 252 Mutatione moneta factâ; solutio faciendâ secundum bonitatem, quam habuit tempore contractus.
- 253 Licet solutio secundum conventionem fieri possit de monetâ corrente tempore solutionis: valor tamen libra, qui erat tempore contractus, attendi; & secundum illum solutio fieri debet.
- 254 Vbi moneta facta est deterior in bonitate intrinsecâ, vel in pondere: solutio fieri debet de monetâ antiquâ, vel de novâ ad valorem antiquâ.
- 255 Stante Statuto, quod solutio de certâ monetâ fieri possit: ea ad estimationem antiquâ reduci debet.
- 256 Si obligatio consistit in libris vel florenis: solvi debent libra vel floreni in eâ bonitate, qua fuit tempore contractus.
- 257 Contrariorum eadem ratio & disciplina.
- 258 Natura correlativorum est, ut dispositum in uno, censeatur quoque dispositum in alio.
- 259 Nemo cogitur accipere monetam ærosam & novam, vel occasione huius novæ thaleros, &c. nimium auctos.
- 260 Debitor, utpote reus, creditore est favorabilior.

- 261 Consideratio e. cum canonicis. 26. ext. de censib.
 262 Debitor restituendo eam quantitatem & qualitatem, quam accepit, promissione sua satisfacit.
 263 Debitor in contractu mutui, utpote stricti iuris, in plus obligari nequit.
 264 Sententia & consideratio l. si tibi decem. 17. in principio. ff. de pactis. & l. si rogasti. 11. §. 1. ff. de rebus creditis. &c.
 265 Quatenus usura non censeatur, mutuo dare cum onere, &c.
 266 Verus annuus reditus quis appellatur, & intelligatur.
 267 Remedio l. 2. C. de rescind. vendit. quando sit locus.
 268 Valoris extrinseci auctio omnibus certum infert damnum.
 269 Crescente nummorum valore, crescunt pretia rerum.
 270 Intra quod tempus & quatenus exceptio non numerata pecunia opponenda.
 271 Consideratio l. quasi 7. C. de non num. pecuniâ.
 272 Conditio sine causa quando locum habeat.
 273 Exceptio non numerata pecunia procedit, etiamsi confessio mutui recepti facta sit in iudicio: itemq; licet stipulatio intervenierit.
 274 Responsiones ad dubitandi rationes.
 275 Contractus usurarius & simulatus ipso iure nullus.
 276 Contractus, sapiens usurariam pravitatem, iuramento confirmari nequit.
 277 Usurarius contemnit Deum, naturam, scripturas & iura.
 278 Contractus usurarius sententiâ roborari non potest: nec sententia isthac in rem iudicatam transit.
 279 Pactum, contra iustitiam contractus factum, non valet.
 280 Pacta illicita reddunt contractum usurarium & suspectum.
 281 Principes, & similes persona publica, facilius decipiuntur, propter negotiorum multitudinem, & varias suggestiones.
 282 Donationes immodica, à Principe facta, revocari possunt.
 283 Princeps contra contractum, quo latus est, restituitur, sicut minor.
 284 Traditio Doctorum, existimantium, non tempus contractus, sed solutionis, inspiciendum, de quo casu accipi debeat.
 285 Vox (Gulden) non pro certo aliquo nummo; sed potius pro mensurâ nummorum accipitur.
 286 In mutuo quid spectandum veniat.
 287 Intellectus & interpretatio absurda admitti non debet.
 288 Moneta definitur ea, qua perpetuam aestinationem habet.
 289 Quatenus tempus futurum in latione consideretur.
 290 Favorabilior est causa illius, qui certat de damno vitando.
 291 Quocunque tempore mutuum celebratum est; id tantum, quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate restitui debet: licet expresse convenerit, ut plus in obligatione esset.
 292 Resolutio secunda questionis proposita.
 293 Protestatio rite & solenniter facta, debitorem securum reddit.
 294 Resolutio questionis tertia.
 295 An & quatenus debitor ab obligatione sit liberatus, quando antiqua moneta in totum reprobata est.
 296 Resolutio questionis quarta.
 297 Vjura & annuus reditus nihil sunt aliud, quam accessio ad sortem.
 298 Accessorium sequitur naturam sui principalis; etiamsi eo illud sit dignius.
 299 A primario tituli posterior formatur eventus: item, qualia principia, talia principia.
 300 Resolutio questionis quinta.
 301 Resolutio questionis sexta & ultima.
 302 Quatenus mora creditoris in non accipiendo pecuniam, ipsi non noceat.
 303 Casus seu facti species tertii Consilii Facultatis Iuridicae Tubingensis.
 304 Quaestiones duae, ad consultandum propositae.
 305 Rationes dubitandi recensentur.
 306 Solutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio.
 307 Debitum quando praesumatur solutum.
 308 Quietatio debitori data, inducit veram solutionis probationem.
 309 Quod semel placuit, amplius displicere nequit.
 310 Qui moneta valor inspicere debeat.
 311 Quatenus solutio sit naturalis modus tollenda obligationis.
 312 Aliud est, solvere; aliud, solutum confiteri.
 313 Resolutio questionis prima, in hoc consilio tertio proposita.
 314 Peccatum non remittitur, nisi ablatum restituatur.
 315 Ad iustitiam commutativam observandam omnes sunt obligati.
 316 Qua forma sit, & proprietates mutui.
 317 Pecunia debet perpetuam habere aestinationem.
 318 Tolerantia ex prohibitis non facit licita: nec ad contractus praeteritos porrigi debet.
 319 Multa per patientiam tolerantur, qua in iudicium deducta non debent tolerari.
 320 Crescente nummorum valore, rerum pretia crescunt.
 321 Nemini officium suum debet esse damnosum.
 322 Natura ipsa nos ad gratitudinem invitat.
 323 De damno vitando certantes, sunt favorabiliores illis, qui solam de lucro captando contendunt.
 324 Nemo cum alterius iacturâ fieri debet locupletior.
 325 Si moneta proba extrinsecus valor, non auctoritate publica fuerit auctus: tunc ea solvenda est in illâ aestinatione, qua fuit tempore contractus.
 326 In dubio grossa moneta videtur in valore extrinseci aucta.
 327 Florenus imaginarius an & quatenus intrinsecam vel extrinsecam bonitatem recipiat.
 328 Bonitas florenorum ex bonitate specierum metienda.
 329 Camera Imperialis, juris veritatem aequitatemq; semper sectatur.
 330 Verba contractus ad incogitata, qualia sunt exorbitantes monetarum depravationes, non sunt trahenda.
 331 Nemo suum iactare aut donare praesumitur.
 332 Qualiter locutio in suo proprio significato accipienda.
 333 Thaleri Imperiales pro 8. fl. nullo tempore legitime approbati.
 334 Ad consuetudinis validitatem qua requirantur.
 335 Resolutio questionis secunda: item an & quatenus in actu liberatorio remedium l. 2. C. de rescind. vendit. admittatur.
 336 Error juris an & quatenus iusta sit causa restitutionis.
 337 Error juris dubii aequiparatur errori facti.
 338 Quo casu ei, qui damnum passus est, haud noceat ignorantia juris.
 339 Forensis potest petere restitutionem in integrum, ex clausula illâ generali, &c. adversus statutum, quod ignoravit.
 340 Ignorantia est iustissima restitutionis causa.
 341 Lationem enormissimam omnia iura abhorrent.
 342 Dolus semper locum restitutioni facit.
 343 Illudq; procedit, etiamsi lationi enormissima renunciatum fuerit.
 344 Adversarii callida machinatio iustam praebeat causam restitutionis in integrum.
 345 Actio de dolo, utpote famosa, non facile concedenda.
 346 Dolose agere censetur, qui contra juris prohibitionem aliquid agit.
 347 Ignorantia est res in animo sita.
 348 Ex persuasionibus confectis praesumitur dolus ex proposito.
 349 Qua persuasio habeatur loco coactionis.
 350 Prohibito tempore aliquid faciens, in dolo esse praesumitur.
 351 Cautela insolita dolum arguit.
 352 Si quis vendat merces suas precio currenti, sciens, brevi alia ejusdem generis in magnâ copiâ superventuras, emptoribus ignorantibus: contra iustitiam peccat.
 353 Qui utitur scientiâ legis, antequam promulgetur, ad se ipsum ditandum, cum aliorum damno; utitur scientiâ rei, qua omnibus debet esse communis, in aliorum detrimentum: proindeq; illis injuriam facit.
 354 Idq; perquam eleganti, ex Molina desumpto, casu illustratur.
 355 Restitutio est prioris status vel juris redintegratio.
 356 Restitutio in integrum, propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit.
 357 Quibus casibus statutum, adimens restitutionem non procedat.
 358 Facti species consilii quarti Facultatis Tubingensis, super re monetaria confecti.
 359 Quaestio ad deliberandum proposita.
 360 Ratio dubitandi.
 361 Ratio decidendi prima.
 362 Semper & indifferenter in mutatione monetae tempus contractus spectandum.
 363 Redarguitur D. Hillerus, sibi in duobus diversis super re monetaria conscriptis responsis, contrarius.
 364 Contrariorum eadem ratio ac disciplina.
 365 Partes debitoris sunt favorabiliores, quam ipsius creditoris.
 366 Ratio decidendi secunda.
 367 In monetis perpetua aestimatio attendi debet.
 368 Numismatum valor, modico durans tempore, nullo modo considerandus.
 369 Dolose facit petens quippiam ex eâ stipulatione, ubi res dolum in se continet.
 370 Usura est, mutuo dare cum onere, ut mutuarius reddere teneatur pecuniam meliorem in hominum aestinatione, &c.
 371 Ratio decidendi tertia.
 372 Crescente auri argentiue aestinatione, omnes res venales similiter in precio augentur.
 373 Boni & graves viri lucrum, cum alterius damno conjunctum, semper sordidum putarunt.
 374 Respublica jure minorum utitur: ac proinde restitui in integrum potest.
 375 Quando privilegiatus non utatur suo privilegio contra pariter privilegiatum.
 376 Privilegiatus contra privilegiatum indifferenter restituitur, quando privilegium impar & potentius habet.
 377 Verba (pradicht, gebacht oder gemelt) quid significant.
 378 Dictionum relativarum qua sit natura.

- 379 Mutator rei monetaria statu, à pactis conventis receditur.
 380 Licet convenienter partes, ut solutio fiat de monetâ corrente tempore solutionis: nihilominus tamen nova pecunia solvenda est secundum valorem antiqua.
 381 Non solum quid promissum sit; sed & quid iuste exigere possit, considerandum.
 382 Contractus, usurariam sapiens pravitate, ne iuramento quidem corroboratur.
 383 Constitutiones Imperii, de usurariis contractibus promulgata, omnibus Iudicibus serio injungunt; ne super istiusmodi contractibus sententiam ferant, executionemve faciant.
 384 Refertur nova Dn. D. Martini Rümelini circa solutionem faciendam opinio.
 385 Iure communi barbarica monetarum mutatio incognita, imò reprobata.
 386 Iure deficiente, id sequendum, quod equitas suggerit.

- 1 **C**ONTINUATUR hic Titulus ad proximè præcedentem ratione sumpta ex §. ultim. tituli ejusdem. Quia enim Justin. Imp. ibi obligationes, quæ ex contractu oriuntur, aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu contrahi dixerat: ideò jam ad singularem specierum enumeratarum interpretationem descendens, prius eorum contractuum, qui re fiunt, quinque species, mutuum scilicet, indebitum, commodatum, depositum, & pignus ordine explicat. Cur autem hi contractus, quorum hoc titulo fit mentio, re potius, quàm consensu, contrahi dicantur, hæc omnium verissima ratio redditur: quia isti contractus ipsâ rei traditione seu ipso facto fiunt & substantiam capiunt. l. obligamur. 52. §. 1. ff. de obligat. & actionib. l. si tibi decem. 17. in princ. ibi, re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. ff. de pactis. l. contra. 6. ibi. quia expleta est numeratione substantia obligationis. ff. ad SC. Macedon. Id siquidem dicitur in jure re fieri, quod aliàs facto, actu vel ipso opere fieri dicitur. Hinc quod re fit, ei, quod fit verbis, opponitur. l. peculii. 4. §. 1. ibi, re enim, non verbis peculium augendum est. ff. de pecul. ut solutio fit aut re, id est, facto, numeratione videlicet pecuniæ; aut verbis, hoc est, acceptilatione. l. sub conditione. 16. & l. penult. ff. de solutionibus. Sic societas interdum re fit, interdum verbis. l. societatem. 4. ff. pro socio. ut & collatio, l. 1. §. quamvis. 11. ff. de collat. honor. Sic quoque domicilium re & facto transferri dicitur, non nudâ contestatione. l. domicilium. 20. ff. ad municipalem. Sic & injuriam vel re fieri, vel verbis constat. l. 1. §. 1. ff. de injuriis. Ita & hoc loco contractus, qui fiunt re, illis, qui fiunt vel verbis tantum, vel nudo consensu, opponuntur. Hi namque contractus non ex nudâ conventionione sive nudo consensu, sed ex ipso facto, id est, numeratione & traditione rei perficiuntur & fiunt. Et hoc est, quod ait hic initio Justinianus, *veluti mutui datione, &c.* Proinde si inter nos convenit, ut mutuò tibi decem aureos: per hanc nudam conventionem mutuum haud contractum intelligitur: cum numeratio, sicque factum nondum intervenierit. l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum. & l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. potior. 11. in pr. & §. si colonus. 2. ff. qui potior. in pignor. vel hypoth. habeant. l. quia quod vulgò. 4. ff. ad Senatuscons. Maced. Giphani. Schneidevvin. Bello-
 3 nus & Vultejus hic num. 4. & 6. Caterum in horum contractuum, qui re fiunt, societatem meritò quoque admittitur permutatio. Hæc enim ex re traditâ initium obligationi præbet, ut loquitur Paulus in l. 1. §. item emptio. 2. ff. de rer. permut. Sed & contractus incerti sive innominati; do, ut des; do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias; re, id est, facto vel datione interveniente fieri dicuntur. l. juris gentium. 7. §. 2. ff. de pact. l. naturalis. §. §. 1. & seqq. ff. de præscript. verbis. l. ultim. ff. de condit. causa data &c. Donell. lib. 12. Commentar. de jur. civil. cap. 12. pag. 44. & seq. D. Collega Bocer. part. 1. class. 2. disput. 7. thes. 3. & disp. 13. th. 1. lit. A. edit. 2. Cur verò tantum quinque hic exponantur, ratio hæc est: quia in Institutionibus solummodo tractatur de contractibus certis sive nominatis, ut est mutuum, commodatum, emptio, &c. de innominatis (quorum in numero & permutatio est. d. l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permut. d. l. naturalis. §. §. 1. ff. de præscriptis verbis, &c. Vaud. lib. 1. quest. 25.) non agitur, docente hic Giphanio: qui sub-

jicit, re fieri non tantum hos contractus; sed etiam delicta omnia, per principium tit. infr. de obligationib. quæ ex delicto nascuntur. l. ex maleficio. 4. ff. de oblig. & actionib. Quin & quasi contractus ex re sive ex ipso facto nasci videntur, ut ex communione, ex negotiorum gestione vel administratione, tot. tit. infr. de obligat. quæ qd. ex contract. nasc. & notat Rittershusius hic circa finem. pag. 405.

Porrò mutuum (de quo, utpote contractu celeberrimo, usuque frequentissimo, priore differit loco Justinianus) non ex eo solo appellatum est, quod de meo tuum fiat, ut innuere videtur Paulus in l. 2. §. appellata. 2. ff. de reb. credit. si cert. pet. & Imperator hic in vers. & quoniam. &c. alioqui legati, donationis, venditionis, permutationisve causa traditum, esset mutuum; cum iniis, & similibus negociis id, quod meum est, etiam tuum fiat, argum. §. 1. supr. de legat. l. 1. ff. de donationib. d. l. 1. ff. de rer. permutat. l. 1. & tot. tit. ff. de contrah. empt. sed quod vice versâ hoc quoque agatur, ut tuum illud, quod accepisti, rursus meum fiat, in re scilicet ejusdem generis. Inest enim in hoc mutui verbo reciprocatio mei, & tui: id est, hæc vis, ut meum fiat tuum, & vicissim tuum meum. Idque tum Latini sermonis proprietas; tum usus loquendi veterum probat. Nam quæ sunt reciproca, mutua vocamus: ut cum dicimus mutuum amorem. l. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. mutuum pensionem. l. viro. 39. ff. solut. matrim. mutuas operas. apud Terent. in Phorm. act. 1. scen. 5. mutuum animum. apud M. Tullium. lib. 5. Epistolar. ad familiares. epist. 2. ubi hæc leguntur verba: Quod autem ita scribis, pro mutuo inter nos animo: quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur, & redditur. Atque de isthac mutui Etymologiâ fusiùs dissertant Donellus in Commentar. ad d. l. 2. §. appellata. ff. de reb. credit. & lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 1. pag. 217. num. 40. Borcholt. in Comment. tit. ff. de reb. cred. cap. 1. Forster. junior. lib. 3. disp. 16. thes. 10. Joan. Kitzelius ad d. tit. ff. de reb. credit. sive in exegefi, de obligat. mutui. cap. 1. num. 3. & seqq. Wegner. disputat. 10. ad Institut. th. 4. lit. c. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 1. lit. b. Foman. disputat. 20. th. 1. ad lit. b. Timaus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 8. Justus Schütz. disput. 13. th. 6. lit. b. pag. 199. Bachovius & Heigius hic num. 1. & Mynsinger. num. 2. item Cujacius lib. 11. observation. cap. 37. & in Commentar. in lib. 28. Pauli ad edict. pag. 28. ubi prædictam Jurisconsultorum nostrorum mutui originationem, ceu Stoicorum imitatione confictam, scitam & concinnam magis esse, quàm veram autumat: proindeque ipse mutuum à mutatione potius nomen habere, censet: quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur, quodque consistat in his rebus, quæ facile mutationem & promiscuum usum recipiunt. Et hanc derivationem Cujacianam probat Rittershusius hic in vers. mutui autem datio. pag. 406. Verum si hæc nominis origo sive notatio esset vera: inde consequeretur, quod eadem ratione & permutatio mutuum esset, ut rectè animadvertit D. Bocer. d. class. 2. disputat. 7. th. 7. ad lit. A. edit. 2. Deinde Cujacio breviter respondetur: de meo tuum fieri, esse proprium mutui: at mutationem rei non facere mutuum propriè, sicuti tradidit hic Theodorus Marcilius. pag. 464. & D. Besoldus in tractat. de mutuo. cap. 1. num. 3. Tametsi aliter sentiat Hunnius lib. 3. var. res. sol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 1. pag. 856.

Definitionem nominis sequitur definitio rei, quæ talis ex principio hoc nostro extrui potest: Mutuum, est contractus, re initus, nominatus, jurisque gentium: quo res nostra, quæ in quantitate consistit, datur alicui eâ lege, ut eadem ipsa res, non in specie, seu individuo, sed in genere aliquando nobis reddatur. Hancque definitionem haud invitus amplectitur D. Collega Besold. d. tract. de mut. cap. 14. Et ab eâ non multum abludit Althusius lib. 1. Dicaolog. cap. 68. num. 18. pag. 238. In isthac definitione generis vice funguntur hæc verba: contractus, re initus, nominatus, jurisque gentium. Et mutuum (quamvis ex eo ultrò citròque obligatio non nascatur) esse verum ac proprium contractum, clarescit ex §. fin. supr. r.

Supr. t. prox. juncto hoc principio. ubi Imperator mutu-
um, tanquam speciem, contractibus veris ac propriis, qui
re contrahuntur, subicit. Neque enim improprietas ulla
resultat, si contractus ultrò citròque obligationis *συμβασις*
97 *μυα* non habeat. Proprietas siquidem vel improprietas
contractuum non est sumenda live æstimanda ex modo
obligandi, sed ex modo contractum ineundi: ita ut pro-
priè contractus dicatur esse celebratus, quoties negotium
aliquod geritur inter partes consentientes: improprie,
quando negotium inter partes reverà gestum non est: lex
tamen gestum esse fingit, sicque lex inter partes obligatio-
nem ex æquitate inducit, ut apparet ex l. si quis absentis.
5. ff. de obligat. & action. & tot. t. infr. de obligat. qua
quasi ex contract. nasc. Deinde mutuum vel erit pactum,
vel contractus verus, vel quasi contractus. At non est pa-
ctum: cum pactum non producat actionem. l. juris gen-
tium. 7. §. sed cum multa. 4. & §. seq. l. divisionis. 45. ff.
de pact. l. legem. 10. l. in bonæ fidei. 13. l. cum proponas.
21. C. eod. Mutuum autem producit actionem; & quidem
propriâ vi ac virtute. t. tit. ff. & C. de reb. condit. si cert.
pact. & planius explicatur infra num. 127. & seqq. Ne-
que etiam est quasi contractus; argum. tot. tit. infr. de
obligat. qua qf. ex contr. nasc. Verus igitur ut sit contra-
ctus, necesse est. Vultej. ad princ. tit. sup. de obligationi-
bus. num. 32. Andr. Gerhard. exercitat. Justin. decad. 12.
quest. 5. D. Collega Besold. disput. de contract. mutui. th.
3. de anno 1612. & d. tractat. de mutuo. cap. 2. Knip-
schildt exercitat. Acad. 2. quest. 1. pag. 54. Richter. in
tractat. de contractib. disput. 2. th. 2. lit. b. Idque copio-
sius explicatum est in §. fin. sup. tit. proximo. num. 17.

10 Dixi in definitione, mutuum esse contractum, *re ini-*
tum: quia rei ipsius datione, adeoque ipso facto substan-
tiam suam capit: & non nisi re à mutuante traditâ, & à
mutuatario acceptâ perficitur, per hoc principium. ibi, *mu-*
tui datione. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & act. l. 2. §. creditum.

11 3. vers. item mutuum. ff. de reb. cred. & c. Addidi, mu-
tuum esse contractum *nominatum*: quoniam speciale no-
men, & quidem elegantissimum, jure civili proditum ha-
bet, hic & d. l. 2. cum multis similibus. ff. eodem tit. Quod
pluribus ostendit Johan. Kitzel. d. exegesi de obligat. mu-
tui. cap. 1. num. 16. & seqq. Esse autem hunc contractum
juris gentium, perquam luculenter constat ex §. sed jus
quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent.
& civ. ubi Justinianus Imp. inter exempla contractuum
juris gentium nominatim mutuum refert. Sed & quæ for-
ma mutui dandi apud Romanos recepta est: eadem etiam
qualvis alias gentes uti, exploratum est, docente Kitzelio

12 in d. exegesi de oblig. mutui. cap. 2. num. 16. Adjunxi, *res*
nostra: quandoquidem mutuans debet esse dominus rei
mutuandæ, aut haberi loco domini, ut servi & filii familias:
qui licet nummorum peculium domini non sint. §. 1. &
§. item vobis. 3. infr. per quas person. cuique acquirit. l.
quidquid. 4. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. placet. 79. ff.
de acquir. vel amitt. hered. tamen voluntate viceque pa-
tris & domini nummos istos mutuos facere intelliguntur.
d. l. 2. §. pen. ff. de reb. cred. l. quod servus. 35. ff. de solu-
tionib. & liberat. Mynsinger. hic num. 3. Apposui, *quæ in*

13 *quantitate consistit*. Quantitatis nomine non pecunia tan-
tùm numerata live nummi significantur, ut in l. 1. ff. de pe-
nu legata. l. si ambo. 10. ff. de compensationibus. l. si non
singuli. 5. C. si cert. petatur. l. penult. C. de condit. inde-
bit. & similibus. sed omnes res pondere, numero, mensu-
rave constantes veluti sunt, vinum, oleum, frumentum,
hordeum, triticum, aurum, argentum, & reliquæ res fun-
gibiles, in quibus mutuum consistit, hoc principio. & d. l.
2. §. 1. ff. de reb. cred. l. 1. §. 2. ff. de oblig. & actionib. Fa-
chin. lib. 2. contr. jur. c. 48. Et de istis rebus infra suo

14 loco agetur explanatius, num. 59. & subseqq. Inserui, *da-*
tur alicui: ad differentiam commodati, depositi & pigno-
ris: in quibus res ita aliis tradimus, non ut accipientium
fiant, & dominium transferatur, sed ad alium finem, ut in-

15 fra in §§. seqq. explicabitur. In mutuo verò res ita datur
accipienti, ut ejus fiat: alioqui eâ uti non posset. Dare
quippe est dominium transferre. §. sic itaque discretis. 14.
infr. de actionib. l. ubi autem non apparet. 7. §. ult. ff. de
verb. oblig. l. non videntur data. 167. ff. de reg. jur. An-

nexi quoque, ut eadem ipsa non in specie seu individuo, sed
in genere nobis reddatur. Tum ut commodatum & depo- 16
situm excluderetur: in quibus illa ipsa species, quæ tra-
dita est, & non alia ejusdem generis, redditur. Tum ad
differentiam contractus innominati, do ut des. Si enim non
idem genus, sed aliud, putà pro filigine triticum, pro pe-
cunia frumentum, pro tritico æstimationem reddideris,
& ita inter nos conventum sit: non erit mutuum, sed
contractus innominatus, do ut des. l. fin. ff. de prescript.
verb. Et ita omnes fateri, ait Mynsingerus hic num. 6.
Subjeci denique, *aliquando*: quia spacium aliquod con-
gruum, arbitrio judicis pro personarum rerumque quali-
tate & varietate statuendum, mutuatio relinquendum
est, intra quod re commodè utatur. Adjuvari namque nos, 17
non decipi beneficio oportet. l. in commodato. 17. §. sicut.
3. in fin. ff. commodat. Bartol. Alexand. & Jason. in l. si
pœnam. 68. ff. de verb. obligat. Molin. in tract. de usur.
quest. 2. num. 82. Menoch. de arbitrar. jud. quest. lib. 2.
cent. 1. cas. 22. num. 4. Heigius hic n. 16. Matth. Steph.
cent. 3. quest. 26. Fachin. d. l. 2. controvers. jur. c. 51. ubi
plures allegat. Eaque de re latius tractabitur infra num. 91.

Species mutui Doctores plerique tres constituunt: vi- 18
delicet quod mutuum aliud sit naturale tantum, aliud ci-
vile tantum, aliud mixtum, id est, civile & naturale simul,
Accursius in l. 2. §. ult. in verb. credimus. ibique Decius,
Bartolus, Zasius, & alii ff. de reb. cred. Joan. Petr. de Fer-
rariis in sua Practicâ, in formâ libelli, in actione hypothe-
car. tit. 13. glos. 2. in verb. mutuo, & ex causa mutui. num.
15. & seqq. Mutuum naturale tantum, quod verum est 19
mutuum, omnibusque nationibus usitatum, ex definitio-
ne modo explicata intelligitur. Civile tantum sive merè
civile appellant, in quo natura non cooperatur: veluti,
si quis non donandi animo, sed spe futura numerationis,
dat alicui chirographum, in quo se centum florenos mu-
tuo accepisse confitetur, quostamen non accepit. Ex hac,
inquiunt, scripturâ oritur mutuum civile, cui natura non
cooperatur: cum numeratio non secuta sit: sed tantum
civilis obligatio adsit. Mixtum, secundum illorum opinio-
nem, fit: quando quis per stipulationem promittit alicui
dare mutuo centum; & istam stipulationem in conti-
nenti sequitur numeratio: hic oritur mutuum civile per
stipulationem, quæ est juris civilis, cui natura per nume-
rationem favet & cooperatur. Vide Mozzium in tract. de
mutuo. cap. 2. de divis. mut. Molin. in tract. de usur.
quest. 84. num. 654. Giphani in Commentar. de divisioni-
bus jur. thes. 94. Schneidevvin. hic num. 22. & seqq. Myn-
singer. num. 10. & seqq. itemque Stuckium part. 1. Exer-
cit. Justin. decad. 10. assert. 1. lit. L. p. 373. nec non no-
vissime Joannem Flitnerum hic in notis ad Matthiam Co-
ler. pag. 15. & seqq. Sed divisio isthac juri nostro consen- 20
tanea non censetur: quia unicum duntaxat, quod illi na-
turale indigitant, est mutuum: nec uspiam in jure mutui
distinctio reperitur. Omne quippe mutuum naturale si-
ve juris gentium esse, patescit ex præallegato §. sed jus qui-
dem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent.
& civ. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Et quod isti me-
re civile nuncupant, non est mutuum, sed potius contra-
ctus literarum, de quo infr. t. de literar. obligat. Similiter
quod civile, cui natura cooperatur & adsistit, vocitant:
non mutuum est, sed potius stipulatio, de quâ in tit. subse-
quente. Hinc non immeritò istam divisionem phantasti-
cam & inutilem vocant Molin. d. tract. de usur. q. 84. num.
654. Dn. Collega Bocerius hic num. 30. pag. 148. & Dn.
Collega Besold. in tract. de mutuo. cap. 3. num. 5. Eaque
de re inspicatur Baldus, Albericus, Jason, Fulgosius, Cur-
tius, Alciatus, Bolognetus, & nonnulli alii in d. l. 2. ff. de
rebus cred. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 22. Nonius hic
num. 3. & Heigius num. 6. Schegk. in delib. jur. Disput.
15. thes. 72. ad lit. B. & Treutlerus vol. 1. Disput. 20.
thes. 1. lit. D. ibique Bachovius. Sunt præterea nonnulli 21
Interpretes, qui mutuum duplex faciunt: verum sive pro-
prium, & quasi, sive improprium. Illud contrahi existi-
matur, cum nummi proprii mutuo dantur ab eo, qui dan-
di jus habet. Hoc conciliari sive fieri putatur, cum num-
mi alieni, vel etiam proprii, ab eo tamen, qui dandi jure
caret, credendi animo traduntur: & demum post con-
sumptionem

sumptionem mutuo dari intelliguntur. *l. rogasti. 11. §. ult. l. si à furioso. 12. in fin. & l. seq. in princ. & §. 1. l. non omnis. 19. in fin. ff. de reb. credit. Althus. lib. 1. juris Rom. cap. 26. & lib. 1. Dicaolog. c. 68. num. 24. cum seqq. pag. 239. Borcholt. in Comment. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 2. D. Besoldus prædictâ Disput. de contractu mutui. thes. 5. & d. tract. de mutuo. cap. 7. D. Bocer. hic 22 num. 32. & seqq. aliique plures. At & hæc partitio vix, ac ne vix quidem sustineri poterit. Nam quod illi quasi seu improprium dicunt mutuum, nusquam toto jure traditur. Id siquidem tantum in præallegatis & similibus legibus habetur, ex consumptione nasci conditionem: non autem in illis dicitur, nasci sive convalescere mutuū. Jam verò potest esse cōdictio sine mutuo: ut ex indebito, & variis aliis ex causis cōdictio quidē nasci solet: ubi tamen mutuum esse nemo affirmaverit. §. 1. infr. hoc tit. l. certi cōdictio. 9. ff. de reb. credit. l. 1. ff. de cōdict. sine caus. Giphani. hic in verbis veluti mutui datione. & Rittershus. in vers. mutui autem datio. pag. 406. ad finem. Hunn. libr. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 2. pag. 858. vers. ad secundum respondetur. Knipschild. d. exercit. 2. quæst. 3. pag. 55. cum seq. Schegk. d. Disput. 15. thes. 72. sub lit. C. Vel (ut planius res explicetur) dicendum est; jura illa, in quibus exprimitur, cōditionem dari, nequaquam exaudienda esse de cōditione seu actione, quæ ex mutuo competit; sed de alia, vel certè ista cōditione, quæ conceditur, ubi res mea apud te est, sine justa causa. d. l. 1. ff. de cōdict. sin. caus. Et pro hac sententia non malè adduci & considerari potest textus in l. si quis pro eo § 6. §. si nummos. 2. vers. in omnem ff. de fidejussoribus, ubi hæc leguntur verba: *In omnem enim causam acceptus videtur, quæ ex eâ numeratione nasci potest.* Quibus ex verbis perspicuè evincitur: quod, licet mutuum, non constiterit, & ideo non videatur teneri fidejussor, qui in causam mutui acceptus est: quia tamen in omnem causam acceptus videtur: idcirco tenetur consumptis nummis, quamvis alia ex causa condicantur. Sed vide eâ de re fusius differentem Petrum Augustin. Morla part. 1. Emporii jur. tit. 8. in præmissis. num. 19. & seqq.*

23 Mutuum contrahere, hoc est, dare vel accipere mutuo possunt omnes, qui consentire queunt: & rerum, quæ mutuo dantur, dominium liberamque administrationem 24 obtinent. l. 2. §. penult. ff. de rebus credit. Et hujus quidem ratio non obscura est: quia nemo in alium plus juris transferre potest, quàm ipse habet. l. traditio. 20. ff. de 25 acquir. rer. domin. l. nemo plus. § 4. ff. de reg. jur. Illius verò ratio est: quia quemadmodum in quovis contractu, omnium contrahentium consensus est necessarius. l. 1. §. conventionis. 3. in fin. ff. de pact. l. in omnibus rebus. § 5. ff. de obligat. & act. ita & in specie ad mutuum contrahendum non sufficit, pecuniam numerare; nisi quoque consensu eius, qui pecuniam dat, & qui accipit, interveniat. l. non omnis numeratio. 19. in princ. & l. si & me, & Titium. 32. ff. de reb. credit. & c. Itaque neque pupilli, d. l. non omnis. 19. §. si pupillus. ff. d. tit. l. 3. §. in pupillo. ff. ad senatus cons. Maced. §. nunc admonendi. 2. supra, quibus alien. lic. vel non. neque furiosi, l. si à furioso. 12. ff. de reb. credit. & l. si à furioso. 24. ff. de obligat. & act. neque prodigi mutuum dare possunt. l. certi cōdictio. 9. §. sed & si. 7. ff. de reb. credit. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. Cæterum notoriè prodigo ipsa lege bonorum administratione interdici, explicatius docuimus in §. furiosi. 3. num.

26 7. & seqq. supr. de curatoribus. Sed & fures, aliivè rem alicui alienam, citra domini voluntatem, mutuam dando, nihil agunt. l. rogasti. 11. §. fin. l. nam & si fur. 13. in princ. ff. de reb. credit. Sanè si pecunia aliena, vel quam pupillus, furiosus aut prodigus, mutuam dederit, bona fide ab eo, qui accepit, consumpta sit: ex hac consumptione non quidem mutuum (ut vulgò opinantur, Duaren. ad tit. C. si cert. petat. cap. 3. D. Vultejus hic num. 9. & D. Bocer. num. 60. cum seqq. item class. 2. Disput. 7. thes. 13. edit. 2. Trentler. vol. 1. Disput. 20. thes. 6. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 2. ibique in Paratitl. Wesenbecius num. 12. Kitzelius in exegesi. de obligat. mutui. cap. 3. num. 26. 30. & seq. Paul. Berens

in dissertationibus ad Instit. Disput. 9. thes. 1. quæst. 6.) sed conditionem nasci, legibus cautum reperitur. d. l. rogasti. 11. §. fin. d. l. si à furioso. 12. in fin. & l. seq. in princ. & §. 1. d. l. non omnis. 19. in fin. ff. de reb. credit. d. l. si quis. § 6. §. si nummos. ff. de fidejussoribus & similibus.

Verū huic sententiæ noviter contradicit Dominus Col-27 lega Bocer. hic d. num. 60. & seqq. pag. 152. Quoniam enim paulo antè dixi, vulgò opinari; Duarenum, Vultejum, D. Bocerum & c. ex consumptione pecuniæ alienæ bona fide facta mutuum nasci: ægrè hoc fert Bocer, & pro piaculo habet, quod ipsius pronunciatum, vulgi opinionem dicere non verear. Sed missam fac iram, mi Bocer. Non voco hoc clarissimorum Jurisconsultorum pronunciatum, vulgi opinionem: sed id tantum dico; vulgò, id est, passim & communiter ita opinari Interpretes. Quidquid sit: Bocer non vult vulgariter sapere. Igitur operose demonstrare allaborat; ex prædicta consumptione conciliari mutuum, quod initio non fuit mutuum: sed conatu planè irrito. Nam id solum efficiunt rationes ab ipso allatæ; quod ex tali consumptione cōdictio nascatur: quod nemo unquam negavit. At sæpe locum habet cōdictio, ut supra dixi num. 22. ubi tamen mutuum non est. Quod attinet ad l. pater filie. 81. ff. de jur. dot. 28 ea irrationabiliter à Bocero ad stabiliendam erroneam sententiam suam adducitur. Quæ enim, quæso, est ratio consequentiæ? Patre alienos nummos in dotem dante, licet tempore dationis dos non sit profectitia: consumptis tamen postea nummis à marito, dos efficitur profectitia. Ergo itidem, si nummi alieni fuerint crediti, licet ab initio non fuerit mutuum; consumptione tamen datorum nummorum mutuum conciliabitur. Nulla, inquam, hic subest ratio consequentiæ. Non etenim ut illud; ita & hoc jure nostro cautum reperitur. At sine lege loqui erubescimus, vulgatâ Novell. 18. cap. 1. Et aliàs quoque ex sepa-29 ratis nulla est illatio. l. Papinianus. 20. ff. de minoribus. l. ult. ff. de calumniatoribus. Non est exigua Boceri calumnia, quando scribit hic num. 68. me scribere, quod per conditionem, quæ ex consumptione alienorum nummorum mutuo datorum nascitur, significetur cōdictio sine causa. Non hoc volo: sed hæc mea mens est, quod jura illa, quæ dicunt, ex consumptione ista conditionem nasci, non sint necessariò exaudienda de cōditione, quæ ex mutuo competit: sed etiam de alia cōditione intelligi possint. Unde etiam non necessariò sequi contendo: Ex consumptione illa oritur cōdictio. Ergo per consumptionem illam conciliatur mutuum. Ex quo facile apparet, quàm debilis sit Boceri & sequacium argumentatio.

Præsides porrò provinciarum licet rerum suarum do-30 mini sint, & de iis liberam disponendi facultatem habeant: mutui tamen contractum celebrare in tantum prohibentur; ut non solum fœnus exercere, cujusmodi quæstus à magistratus persona alienissimus esse debet: sed etiam ne gratis quidem sine usuris aut fœnore (tamen si quidam dissentiant, Connanus lib. 7. Comment. jur. civil. cap. 2. num. 1. Anton. Matthæus Disput. Digestor. 9. thes. 14. D. Besoldus d. Disputat. de contractu mutui. thes. 9. & d. tract. de mutuo. cap. 16. num. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 14. pag. 88.) pecuniam mutuam dare possint, per textum rotundum in l. principalibus. 33. ff. de reb. credit. ubi Modestinus ita respondit: *Principalibus constitutionibus cavetur: ne hi, qui provinciam regunt, quivè circa eos sunt, negotientur, mutuamvè pecuniam dent, fœnusvè exercent.* Hac lege perspicue ostenditur: præfides provinciarum, omnesque eos, qui circa illos sunt, putà consiliarios, assessores comites & ministros, quos secum in provinciam præfides adducunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere omninò prohiberi. Disjunctivâ enim locutione Jurisconsultus utitur: & per mutuam pecuniam intelligit pecuniam, quæ gratis, absque usuris mutuo datur: per fœnus verò intelligit pecuniam, quæ sub fœnore & usuris creditur. Eodem modo Gordianus Imp. disertè ait: *Eos, qui officia administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officii sui in provincia fœnus agitare posse, sapere scriptum est. l. eos, qui. 3. C. si cert. petatur.* Et Gordianus de agitan-

deagitando five exercendo fœnore solummodo ideò loquitur: quòd de fœnore agitando quæstio tantum sibi
 31 proposita fuit. Omnes quippe leges Codicis ad certam factis speciem five quæstionem propositam enatæ sunt; ut inscriptiones legum in Codice arguunt, aliquanto fufius edocuimus in §. *si quis a non domino*. 35. num. 96. & seq. *supr. de rer. divis. &c.* Quòd igitur Gordiani constitutioni deest, ex d. l. *principalibus*. 33. ff. *de reb. cred.* supplendum est, arg. l. *non est novum*. 26. & l. *seq. ff. de legibus. c. cum expedit*. 29. ext. *de elect. in 6.* Ratio autem, cur Præsides provinciarum, & qui circa eos sunt, mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere nequeant, hæc est: ne forte ob potentiam vel gratiam, quâ pollent, à provincialibus aliquid vi extorqueant; aut mutui datione fraudem legi, fœnus prohibenti, faciant: aut quæstus studio à cura provinciæ administrandæ avocentur, argum. l. *milites agrum*. 13. ff. *de re militari*. Eandem ob causam illis interdictum est, ne prædia in provincia, quamdiu ibi officium administrant, comparent. l. *non licet*. 46. & l. *qui officii*. 62. ff. *de contrah. empt.* aut dona vel munera accipiant. l. *solent*. 6. §. *ult. ff. de offic. proconsul.* aut domum, navemvè extruant. l. *aufertur*. 46. §. *quòd à praside*. ff. *de jure fisc. l. unic. C. de contractib. judicium*, &c. aut denique uxorem ducant, vel filio uxorem ducendi consentiant, l. *si quis officium*. 38. l. *qui in provincia*. 57. & l. *præfectus*. 63. ff. *de rit. nupriar. & uberius expositum in §. sunt & alia*. 11. num. 5. & seqq. *supr. de nupt.*

32 Huic decisioni non obstat l. *præsidis*. 34. ff. *de reb. credit.* ibi dum Paulus tradit, officialibus præsidum provinciæ licere mutuam pecuniam dare, & fœnus exercere: dicendum videtur, id multò magis ipsis præsidibus permitti debere. Nam ratio diversitatis inter Præsides provinciarum, & officiales five apparitores eorum, in ipso textu expressa est: quia, inquit Jurisconsultus, *officiales perpetui sunt*. Unde valde durum & inhumanum esset, si iis, qui semper in provincia & officio manent, ac singulis quibusque præsidibus ad tempus parent, l. *nullum*. 59. C. *Theodos. de appellationibus*. in perpetuum commercio mutui, sine quo vita hominum consistere commodè nequit, interdiceretur. Quòd similiter non grave aut iniquum censetur in ipsis præsidibus vel magistratibus Romanis: quia ii non sunt perpetui, sed temporales, & tempore officii finito, 33 de provincia excedunt. l. *præses*. 3. ff. *de officiis præsid.* Proinde non idem de magistratibus nostri temporis, utpote qui perpetui sunt, dicendum erit: sed potius illi mutuum dare, cæterosque contractus cum suis subditis inire poterunt: dummodo de illorum impressione seu terrore subditis injecto non appareat, l. *penult. C. de his, qua vi, metu vè caus. gesta sunt*. Donell. & Zasius ad d. l. *principalibus*. 33. num. 15. ff. *de reb. credit.* D. Besold. d. tract. *de mut. cap. 16. num. 5.* D. Boer. hinc num. 74. D. Rümelin. in *Disputat. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 11. sub lit. A.* Bronchorst. cent. 1. *miscell. controvers. assert. 55. in fine.* Kitzelius in *exegesi de obligat. mutui cap. 3. num. 39.* & seqq. Schickhard. *Disput. ad Instit. 12. thes. 3. sub lit. c. & resolut. q. 3.*

34 Neque refragatur l. 1. *Cod. de his, qui ex public. rationib. mutuam pecun. acceper.* ubi officiales mutuam pecuniam dare haud possunt: & ad quadrupli pœnam tenentur, qui fœnebrem pecuniam ab officialibus sumserit. Etenim lex ista non de officialibus præsidum provinciæ; sed de officialibus publicarum rationum loquitur. Deinde eadem lex non prohibet, ne officiales publicarum rationum propriam pecuniam dent mutuam: sed hoc duntaxat vetat, ne credantur *στρατημάτων*, i. e. publicam pecuniam, ut habetur in *synopsi βασιλικῶν. lib. 9. t. 5. de debito fiscali*. Sic ex ærario aut thesauro Principis mutuam pecuniam sumere non fas est, inconsulto Principe: Et qui ex thesauro Principis alicui quid commodaverit, aut dederit, capitali sententiæ subjugatur. l. 2. *Cod. de his, qui ex publ. rat. mut. pecun. accep.* Borcholt. d. *Comment. ff. de reb. cred. c. 3. n. 9.* Vide aliter (quo ad perpetuos magistratus) sentientem Hunnium d. lib. 3. *var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. qu. 12. pag. 878. cum seq. & in resolut. ad Trentler. volum. 1. pag. 1247. & seq. nec non Bachovium in not. & animadversionib. ad Trent. Disput. 20. th. 4. lit. b. pag. 256. vol. 1.*

Quamquã autem præsidēs five magistratus provinciales 35 mutuam pecuniam dare, fœnusvè exercere vetantur. d. l. *principal.* 33. ff. *de reb. cred.* attamen mutuam pecuniam fœnebrẽ, multoq; magis pecuniam mutuã gratuitam rectè accipiunt. d. l. *præsidis*. 34. in fin. ff. *eod.* Hujusque diversi juris ratio in promptu est: quoniam per mutui dationem aliquis sibi obligationem acquirit; cujus prætextu multa ad sese, cum alienã jacturã, transferre potest: at per mutui acceptionem quis res suas minuit: alterius verò auget. Adhuc pecuniam plerunque ille mutuò dat, qui eã carere potest; accipit verò, qui inopiã laborat, & egestatẽ premitur. Ne ergo subsidium inopiæ præsidibus provinciarum auferatur: iis ad sublevandas suas necessitates mutuam pecuniam, vel gratis, vel sub usuris sumere permisum est.

Nec obstat l. *quisquis*. 16. C. *si. cert. petatur.* ubi judices five magistratus sub pœnã exilii mutuum accipere prohibentur: eaque pœna tam illi, qui mutuum accepit, quàm qui dedit, irrogatur. *Præsidibus* namque provinciarum & aliis magistratibus mutuum accipere, vel fœnori pecuniam sumere non licet à litigantibus, seu ab iis, inter quos judicant: ne prætextu mutui judicia corrumpantur, & sententiæ Præsidum venales sint. Ab aliis verò apud se non litigantibus magistratus pecuniam mutuam, vel sub fœnore tutò accipere queunt: siquidem hoc casu corrupti judicii suspicio cessat. Nec huic interpretationi quicquam detrahit generalitas verbi *quisquis* positi in d. l. 16. C. *si cert. pet.* Non enim simpliciter in eã dicitur, *quisquis pecuniam mutuaverit*: sed adjicitur, *judici*. Nemo intelligitur mutuare judici, ut judici: nisi is, qui judicem sibi habet, id est, qui apud eum litigat. Et ita sentiunt Connan. d. lib. 7. *Comment. jur. civ. cap. 2. num. 3.* Donell. ad d. l. *præsidis*. 34. ff. *de reb. cred.* Pacius ad d. l. 3. num. 9. C. *si cert. petat.* & cent. 3. *ἐκαστοφάνων. quæst. 76.* Bronchorst. d. cent. 1. *miscell. controuv. assert. 55. §. adversatur graviter.* &c. D. Besold. d. tract. *de mutuo. cap. 16. num. 4.* Hunn. d. lib. 3. tract. 3. quæst. 15. pag. 882.

Nihil quoque obest l. *scriniarios*. 8. C. *de numerariis*, 37 *actuariis*, &c. lib. 12. ubi disponitur; scriniarios ac numerarios, qui ministri & officiales erant præfectorum prætorio, mutuam pecuniam sumere non posse. Igitur non insul- sè inde concludendum videtur: multò minus præsidibus provinciæ mutuam sumere pecuniam licitum esse. Hæc, inquam, lex nihil obest: quandoquidem in eã non traditur, scriniarios & numerarios mutuam pecuniam non posse accipere: sed hoc saltem cavetur: si in publicas necessitates quid sit impendendum, cogi non debere scriniarios ac numerarios, ut eo nomine pecuniam mutuam sumant, aut etiam se obligent: ne inde, deposito officio, periclitentur; damnumvè aliquod sentiant. Borcholt. d. *Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 46.*

Planè mutui obligationem voluntate etiam dominorum 38 acquiri, non dubium est ullum: cum nihil intersit, utrum ipsemet dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius. l. *quâ ratione*. 9. §. *nihil autem*. 4. ff. *de acquir. rer. dom.* & §. *nihil autem interest*. 42. *supr. de rer. divis. &c.* Hinc filii familias & servi nummos peculiares cum mutuo dant: id patris & domini voluntate facere reputantur. d. l. 2. §. *penult. ff. de reb. credit.* & *monitum supr. n. 12.* Ideoque si servus mutuans, unius domini fuerit: uni etiam; sin communis, seu plurium dominorum fuerit: omnibus, pro partibus divisis, obligatio mutui ex numeratione acquisita cedit, præallegatâ l. *nam & si fur*. 13. §. *fin. ff. de reb. credit.* Quòd itidem in procuratore procedit: qui si cum libera constitutus sit, vel mandatum habeat speciale; instar veri domini, mutuum dare potest. l. *procurator, cui*. §. 8. & l. *procurator totorum*. 63. ff. *de procurat.* fason in d. l. *non omnis*. 19. §. *si pupillus*. num. 3. ff. *de reb. cred. huncq; referens Kitzelius in d. exegesi de oblig. mur. cap. 3. num. 24.* Et si verò filius familias & servus, si liberam peculii teneant administrationem, mutuum dare que- 39 unt. d. l. 2. §. *penult.* & l. *rogasti*. 11. §. *si fugitivus*. 2. *vers. & quidem si servus*. ff. *de reb. cred.* filio tamen familias regulariter nemo mutuam pecuniam utiliter dare, aut cum eodem alium, in fraudem Senatusconsulti Macedoniani, contractum inire poterit l. 1. & *toto tit. ff. ad Senatus-*

ad Senatusconf. Macedon. Quod si tamen filius familias ab aliquo mutuatus pecuniam, suo non mutuae pecuniae creditori solverit: patrumnumos vindicanti nulla exceptio obijcietur. At si bonâ fide fuerint consumpti à creditore nummi; cessare conditionem Marcellus ait. *l. si filius familias. 14. ff. de reb. credit.* Ratio prioris, cur pater pecuniam extantem vindicare possit, hæc est: quia filius familias pecuniam, utpote quæ in patris venerat dominium. §. igitur liberi. *supr. per quas pers. cuiq. acquir.* alienare non potuit *l. nemo plus. 54. ff. de reg. jur.* adeoque pater dominus illius pecuniae mansit: ac propterea eam extantem vindicare non prohibetur. *l. si quis. 3. §. si filius familias. vers. Et ideo vindicationem. ff. ad SC. Macedon. l. in rem. 23. in princ. ff. de rei vindicat. l. actionum. 25. ff. de obligationibus Et actionibus.* Ratio posterioris, cur videlicet pater pecuniam bonâ fide consumptam condicere nequeat (præter illam, quæ affertur in *d. l. si filius familias. 14. ff. de reb. credit.*) hæc reddi potest: quia pater creditori filii sui de peculio tenetur, hoc scilicet casu nostro, quo ex alia, quam pecuniae mutuae causa, filius familias illi quippiam debet. §. is quoq. *juncto §. quæ diximus de servo. inf. quod cum eo, qui in alien. potest. Et tot. tit. ff. de pec.* & filius familias ex omni negotio, excepta mutuae pecuniae causa, efficaciter obligatur. *d. l. 3. §. is autem solus. 3. ff. ad SC. Macedon. l. tam ex contractibus. 57. ff. de judic. l. filius familias. 39. ff. de obligat. Et actionibus. D. Collega Bocer. class. 2. Disput. 7. thes. 16. lit. B. edit. 2. Et in hoc princip. n. 82. Et seqq. pag. 156.* Verum istam totam Senatusconsulti Macedoniani materiam plenius prosequuntur *Donellus lib. 12. Comment. de jur. civ. cap. 24. Et seqq. ibique in suis notat. Hilliger. Borcholt. d. Comment. ad tit. ff. de reb. credit. c. 3. n. 52. cum seqq. D. Besold. in d. tract. de mutuo. c. 21. Et part. 2. delibator. jur. Et lib. 14. Pand. q. 3. Et 4. pag. 94. Et seq. Illustris Baro Enenkel in tract. de privileg. parent. Et liber. privileg. 12. cap. 1. Et seqq. Kitzel. d. exegesi, de oblig. mut. cap. 4. num. 54. Et multis seqq.* Et de eadem nos nonnihil attulimus in §. illud propriè. 7. *infr. tit. quod cum eo, qui alienâ potestate, Et c.*

41 De pupillo paucis dispiciendum, an mutuam pecuniam, sine tutore suo, accipiendo obligetur? Et quidem infantiae proximus pupillus ne quidem naturaliter obligatur. *l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indeb. l. pupillus. 59. ff. de obligat. Et act. l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minorib. nisi locupletior inde factus probetur, l. naturaliter. 13. in fin. Et l. seq. ff. de condict. indeb. l. planè. 38. ff. de petit. heredit. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Pubertati autem proximus, circa tutoris sui auctoritatem, mutuos sumendo nummos naturaliter tantum obligatur, etiam si non factus sit locupletior, *l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. ced. l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si pupillus. 127. ff. de verb. oblig. l. Stichum. 95. §. aditio ff. de solut. Et simil. at locupletior factus, ex rescripto Divi Pii etiam civiliter obligatur. *l. 3. §. pupillus sanè. ff. de negoc. gest. l. 3. in princ. ff. commodat. l. 1. in fine princip. Et l. pupillus. 5. in princ. ff. de auctor. tutor. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 7. thes. 18. edit. 2. Et in hoc princip. num. 86. cum multis seqq. pag. 157. Et seq.* Atque de istâ quaestione multifariam disputant Interpretes; *Gæddens in Commentar. de contrah. Et commit. stipul. c. 7. concl. 12. n. 212. Et seqq. Vultejus disceptat. scholast. cap. 16. Reiner. Bachov. lib. 1. miscell. cap. 12. Valent. Riemer. decad. 3. th. 8. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 17. Philippus Matthæus ad l. in negociis. 5. num. 20. Et seqq. ff. de reg. jur. Andreas Gerhardi Exercitat. Justin decad. 12. quest. 3. Kitzel. d. cap. 4. num. 32. Et subseqq. alique plures, quos laudavi supra ad princ. tit. de auctorit. tutor. num. 30. ubi eandem quaestionem enodavi copiosius.**

42 Sanè nec puberem, minorem 25. annis, curatorem habentem, ex mutuo absque illius consensu obligari posse, probabilius est. *l. si curatorem. 3. C. de in integr. restit. minor. nisi in quantum locupletior factus fuerit, l. 1. Et 2. C. si adversus creditor.* Atque hanc verissimam sententiam, post alios doctissimos viros, à me allegatos, pluribus tutatus sum ad §. item invit. 2. num. 17. Et seqq. *supr. de curatoribus.* Quibus novissimè adjiciendus est Dn. Collega Besoldus d. tractat. de mutuo. cap. 18. pag. 29. Et seq.

43 De civitate an mutuam pecuniam accipiendo obligetur, dubium aliquod esse videtur? Et si tota civitas, hoc

est, omnes cives, vel major eorum pars, aut consilium optimatum, totam representans civitatem, convenerit, & mutuam pecuniam sumendam esse, communicato consilio statuerit: tum civitatem mutuam accipiendo pecuniam (foran per actorem suum, ad hoc nominatim constitutum: siquidem quod quis facit per alium, ipsemet fecisse creditur. *l. ita autem. 5. §. quod si quis. 3. ff. de administrat. Et peric. tut. c. qui facit. 72. de reg. jur. in 6.*) obligari, quamvis pecunia in ejus utilitatem conversa non fuerit, receptius est, & verisimilius. Idque probatur primum ex eo: quod civitatem, sive universitatem ex mutuo, & quovis alio contractu, non minus, ac alios privatos, absolute obligari posse, nulla lex, sine quâ nihil affirmandum, prohibeat. *l. illam meritò. 19. C. de collationibus. Novell. 18. cap. 5. illamque ex delicto, conventu habito, vim faciendo, aliudvè contra jura committendo, obligari evidenter pateat ex l. metum. 9. §. animadvertendum. 1. ff. quod met. caus. l. semper. 15. §. si in sepulchro. 2. ff. quod vi, aut clam. auth. item nulla. sub l. 2. C. de episc. Et cleric.* Deinde civitatem consensum, qui omnibus in contractibus necessario exigitur, *l. 1. §. conventionis. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de obligationibus Et actionibus* interponere posse, qui ad obligandum sufficiat, vel inde manifestum evadit: quod municipiis heredibus institutis permixtum est hereditatem acquirere. *l. omnibus. 26. ff. ad senatusconf. Trebell. l. unic. §. 1. ff. de libert. universitat.* quod utique absque animo & consensu explicari nequit. *l. pro herede. 20. in pr. l. qui servum. 47. Et passim. ff. de acquir. vel omitt. hereditat.* item, quod illis legem municipale condere (ad quod etiam consensum desiderari, evincitur ex *l. 1. ff. de legibus*) licet. *l. prohibere. 3. §. planè. 4. ff. quod vi, aut clam.* Accedit insuper argumentum à simili. Etenim si præ-latus Ecclesiae unâ cum Capitulo mutuam acceperit pecuniam; ad eam reddendam obligatur; tametsi eandem in utilitatem ipsius Ecclesiae fuisse versam, non doceatur, ut colligere est ex *c. penult. ext. de fidejussorib.* Atque ita sentiunt *Decius, Iason, Hieronymus Butigell. Et Donellus ad l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Bartol. Alexand. Castrensis. Cornens, Zasius Et Ripa in l. si is, qui bona. 11. ff. de pignori. hosq. referens Fachinaus lib. 2. controvers. jur. cap. 75. ubi dissentientes allegat Fulgosium Et Alciatum.* Adde D. Besoldum lib. 1. Politic. cap. 12. num. 65. cum seq. Et d. tract. de mutuo cap. 20. Et Wolfgangum Jacobum Sadtler. de jure universitatum. conclus. 12. Et 13. itemq. D. Rümelinum, in Disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19.

Huic decisioni non obstat *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* ibi dum expressum est, civitatem mutui datione obligari posse, si ad utilitatem ejus pecuniae versa sint: inde à contrario sensu colligi videtur; si pecuniae in utilitatem civitatis non sint conversae, civitatem ex mutuo haud obligari posse. Nam, auctore *Celso*, incivile est; nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. *l. incivile. 24. ff. de legib.* Proinde sequentibus dicta legis 27. verbis illis (*alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur*) cum præcedentibus conjunctis, quivis facillè animadvertet; Ulpianum superiorem nostram sententiam magis adjuvare, quàm impugnare. Cum enim dicat (*alioquin ipsi soli, non civitas, tenebuntur*) eo perspicuè satis ostendit: se non de eo mutuo, quod ipsamet civitas contraxit, sed de eo, quod alii (nempe Administratores, Syndici vel Consules) illius nomine contraxerunt, respondisse: quorum contractus non obligat civitatem, nisi creditor probet, pecuniam in civitatis utilitatem conversam esse. Unde argumentatione à contrario sensu sumptâ, sic rectè concluditur: Ergo si civitas suo facto, seu ipsamet contraxerit: ea absolute, citra hanc conditionem, si pecunia in ejus utilitatem conversa sit, obligabitur. Alioquin enim generaliter Ulpianus dixisset: *civitas non tenebitur.* Sed vide latius hæc explicantem Johannem Kitzelium in supra dictâ exegesi, de obligation. mut. cap. 4. num. 16. cum seqq. & Hunnium lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 18. pag. 887. Et in resolut. disputat. Trentler. 18. th. 5. quest. 27. cum seqq. volum. 1. pag. 1249. Et seq.

Si igitur civitatis Administratores, Syndici, vel alii, pecuniam, aliamve rem fungibilem nomine civitatis mu-

tudacceperint: tūm deum conveniri poterit civitas, si rem in ejus utilitatem versam esse, à creditore probatum fuerit. *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Novell. 120. cap. 6. §. 3. in fine. Bachov. in not. ad Treutler. volum. 1. pag. 757.* Re autem in commodum sive usum civitatis non versâ, civitas minimè obligabitur: sed soli Administratores, Magistratus sive Syndici, qui contraxerunt, & mutuam pecuniam civitatis nomine acceperunt, tenebuntur, *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Idque propterea ita cautum est: ne civitates passim administratorum culpâ damnum subeant: & ut vigilantiores reddantur, qui civitatum nomine pecuniam mutuam accipiunt; scientes, in ipsorum perniciem redundare, pecuniâ in utilitatem civitatum non conversâ, *argument. l. ultim. C. de vendendis reb. civitat.* Sed quānam actione conveniri à creditore possint administratores, si non convertant in commodum civitatis pecuniam, nomine civitatis mutuò acceptam, quæstionis non est omnino expedita? Et quamvis plerique existiment, illos conditione certi, quæ ex mutuo nascitur, conveniri posse: quam opinionem etiam sequitur Bachovius in prædictis notis ad Treutler. volum. 1. pag. 758. lit. E. attamen magis est, ut statuatur: creditori in casu proposito, adversus administratores, competere conditionem causâ datâ, causâ non secutâ. Nam creditor mutuū dans administratoribus civitatis, quos tales esse non ignorat, utique ipsius civitatis contemplatione mutuū dedisse intelligitur, in hunc finem: ut in usus civitatis ab administratoribus convertatur. Quo non factō; merito, tanquam cessante causâ, propter quam mutuū datum fuit, conditio ista locum sibi vindicabit. Nec huic obest, quod in *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit.* Ulpianus asserit: ipsos teneri, qui contraxerunt. Etenim qui aliquid ob causam accipiunt: hoc ipso, cum eo, à quo accipiunt, aliquid negotii contrahere reputantur: hoc nimirum, ut causâ non secutâ, quod acceptum est, reddant. *l. si extraneus. 6. ff. de condit. caus. datâ, causâ non secutâ.* Atque ita, post Donellum, tradunt & sentiunt Hieronymus Treutler. disputat. 18. de mutuo. th. 5. lit. e. vol. 1. ibique Hunnius in resolut. quæst. 30. pag. 1251. D. Besold. in d. tract. mutui. c. 20. n. 4. pag. 33. & novissimè D. Martin. Rümelin. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 9. sub lit. E. Cæterum quando pecunia in utilitatem civitatis est conversa: tunc ipsâ naturali æquitate suadente, haud immerito ad restitutionem civitas obstringitur: & res ejusdem, eo nomine, valide oppignorari possunt. *l. si is, qui bona. 11. §. in princ. ff. de pignorib. & hypothec. cum jure naturæ æquum sit, neminem cum alterius detrimento locupletari. l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indeb. l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur. c. locupletari. 48. eod. in 6.* Huicque sententiæ subscripserunt Hartmannus Pistoris lib. 1. quæstionum juris. q. 37. n. 23. & seqq. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 3. num. 47. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. c. fin. num. 32. Gæddens ad l. inter publica. 17. num. 22. ff. de verb. signif. Wesenbec. consil. 53. part. 2. Colerus de processib. execut. part. 2. c. 3. n. 347. Pet. Frid. Mindan. de mandat. judic. lib. 2. c. 62. num. 8. Treutler. d. vol. 1. Disp. 20. th. 5. Hackelm. Disp. illustr. 9. th. 5. lit. b. Nigerdin. lib. 3. Disp. 2. th. 2. q. 3. & seqq. Paul. Berens Disp. 9. th. 1. quæst. 4. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 2. lit. C. pag. 377.

§1 Pecuniam porrò in utilitatem civitatis conversam fuisse, conjecturis & præsumptionibus nonnulli probari existimant: putâ si doceatur tantum; administratorem fuisse hominem fidum, industrium & diligentem: pecuniam in conspectu decurionum fuisse numeratam: civitatemque eâ indignisse, quo tempore accepit. Glossa in auth. hoc jus porrectum. in fin. ad verb. probat. Cod. de sacrosanct. Eccles. ibiq. Cynus num. 8. Castrenf. ad l. 1. §. non autem. 7. & ad l. ult. ff. de exercitor. act. Ruinus consil. 76. col. 4. in fin. lib. 4. Bald. Decius & Riminald. ad d. l. civit. 27. ff. de reb. credit. Sed verius eorum est dogma, qui tradunt; quod testibus vel instrumentis demonstrari oporteat, pecuniam reverâ in civitatis usum fuisse consumptam seu conversam: putâ si in refectionem, aut extructionem rerum civitatis, vel in prædiorum emptionem erogata fuerit. Siquidem jura absolute probationem verionis in

utilitatem civitatis vel Ecclesiæ requirunt. *d. l. civitas. 27. ff. eod. d. c. penult. ext. de fidejussor.* Nulla verò lex est, quæ versionem probari ex eo decernat; quod civitas vel Ecclesia indiguerit pecuniâ: tum quia fieri potest, ut indiguerit; & tamen in ejus usum exposita non fuerit: tum quia rarò contingit, ut mutuò pecunia sine necessitate accipiatur. Quare aut nunquam, aut certè rarissimè is succumberet, qui conversionem factam allegaret: quia probationem paratam ferè semper haberet. Vide Philipp. Knipschildt. d. exerc. Acad. 2. quæst. 7. p. 59. & seq.

Nec dissentientium opinionem quidquam juvat *d. l. 52 ultim. ff. de exercitor. act.* in cujus principio exercitor navis obligari dicitur creditori ex mutuo, à magistro navis accepto, si modò doceatur, navem refectione indignisse. Etenim & legum tenor, & rubricarum, sub quibus collocatæ sunt, diversitas satis arguit: id ipsum de privatis personis, qualis exercitor navis est, ita cautum esse: quod ad obligationem civitatis vel Reipublicæ non est producendum: quippe in quâ nominatim exigatur, pecuniam in utilitatem ejus erogatam esse, *d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. ibiq. Alexand. & Iason. num. 18. Bartol. in d. l. ult. ff. de exercit. act. Angel. consil. 245. Imola in cap. 1. num. 17. ext. de deposito. Ripa in d. l. si is, qui bona. 11. num. 10. ff. de pignorib. Fachin. d. lib. 2. controvers. jur. cap. 76. Kitzel. d. exegesi. de obligat. mut. cap. 4. num. 24. & seq.* Tametsi non desint, qui hanc controversiam judicis arbitrio relinquendam censent: ut prudenter cognoscat, an probabiliter pecunia mutuati in civitatis vel Ecclesiæ utilitatem sit versa, nec ne. Alciat. in d. l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Menoch. in tract. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cent. 5. cas. 432. n. 35. Mascardus in tractat. de probationib. vol. 3. conclus. 116. num. 10. Dn. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 20. circa finem. Et si verò Civitas seu Respublica

ex mutuo, quod ipsa contraxit, firmiter & efficaciter obligetur, ut jam supra ostensum: eam tamen restitutionem in integrum, exemplo minorum, implorare posse, constat ex l. penult. C. quib. ex caus. majores in integr. restituant. & l. penult. C. de jure Reipubl. & latius explanat Hunnius d. lib. 3. var. resol. tractat. 3. part. 1. quæst. 19. p. 888. & seq.

Ludicra & lubrica, haud tamen inelegans, est quæstio: an, si ludens secum ludenti pecuniam mutuavit, ejus exactionem sive conditionem habeat? Et non habere, veritati æquitatiue magis consentaneum puto. *l. aleorum usus. 3. Cod. de aleatorib. glos. in l. 1. §. penult. super verbo, simpliciter. ff. d. tit. junctâ l. ex ea parte. 121. §. 1. ff. de verb. obligat. item glos. in l. si quis cum sciret. 8. in verb. luxurioso. ff. de usuc. pro empt. & in l. quod si minor. 24. §. restitut. sup. verb. non omnimodo. ff. de minorib. & c. Salicet. in l. ult. num. 6. C. de relig. & sumpt. fun. Matth. Coler. decis. 173. incip. ludus aleorum. n. 9. Francisc. Pfeil. consil. 28. n. 6.* Cum enim lusus prodigalitatis instrumentum, vitiumque detestandum censeatur, asserente Patricio, lib. 3. de regn. tit. 40. facile intellectu est, collusorem mutuò dantem, non solum nihil repetere posse. *d. l. 3. C. de aleatorib.* sed etiam extra ordinem coercendum esse, uti tradiderunt Paris de Put. in tract. de ludo. num. 15. 17. & 45. Caccialupus in tract. de ludo. artic. 6. n. 1. Angel. in tract. de malefic. in verb. Metidore de mali dadi. n. 15. Albert. de Gandino in tract. de malefic. tit. de ludo, & c. n. 15. Parladorius lib. 2. rer. quotid. cap. 7. num. 14. Frid. Tilemannus Disput. Pand. 19. part. 1. thes. 19. Forster. junior. lib. 4. Disput. 5. thes. 3. ad lit. b. Iul. Clarus lib. 5. sentent. §. ludus. num. 6. ubi subjicit num. 8. quicquid sit de jure; contrarium tamen in practicâ & de consuetudine servari. Cui adstipulantur D. Bocerius hinc num. 106. & D. Besoldus d. tract. de mutuo. cap. 22. & in Commentar. ad Ordinationes Politic. inclyti Ducatus Württembergici. tit. vom Spielen und Wetten. num. 6. pag. 387. Sanè si aliquis est ludus concessus: latrunculorum seu Schacchorum lusum (das Schachspiel) sedecim quo ludimus scrupis, geminâ acie utrinque directis: in quibus duo sunt reges invicem contententes, duæ reginæ, quatuor equites, sedecim pedites, quatuor satellites, totidem centuriones) cæteris esse præferendum, non sine evidenti ratione quidam existimant, *argum. d. l. aleorum usus. 3. Cod. de aleatorib. & l. solent. 2. in fine. cum l. seq. ff. eod. Clarus in d. §. ludus. num. 2. ubi ad hoc citat Rosellum de Rosell. inter consilia crimina-*

lia diversor. consil. 46. num. 5. lib. 1. Cludius in Commentar. de condit. indebit. cap. 6. num. 55. pag. 309. Etenim exercet & acuit ingenium: nec fraudibus, nec cæcæ fortunæ locum relinquit: venustam Imperiorum exhibet theoriam, dum ostendit, non modò subditos à Principe, neque Principem a solis potentioribus; sed ipsum etiam interdum Regem ab abjecto rustico incolumem conservari. Et quòd iste latruncolorum ludus sit tum jure Cæsareo, tum Pontificio, non modò laicis, sed clericis etiam permissus, attestantur *Accursius in auth. interdicimus. in verb. ad tabulas. C. de episc. & cleric. Innocent. in c. lator presentium. 9. de homicid. Ioan. Andrea, Abbas & ceteri in c. penult. de vita & honest. cleric. Stephan. Costa in tract. de ludo. 2. artic. princip. num. 28. & seqq. hosq. laudans Ioannes Matienzus in tract. de referendarior. & advocator. offic. part. 1. cap. 1. num. 9. Bartholomæus Vgolinus in tract. de officio & potestate episcopi. c. 13 §. 25. fol. 98.* Eandem Schachiam elegantissimo carmine descripsit Hieronymus Vida, & Lucas Wielius in suis *Comment. ad Vidam.* Verùm neque istum Schachium Ludum (quem Palamedes in castris Trojanis Græcorum invenisse proditur) permitti debere, *post alios*, placet Petro Heigio. *part. 2. question. 10. num. 31. pag. 103. cum seq.* Dn. Besoldo & Lindenpür. in *d. Comm. ad Ordinac. Ducat. Würt. d. tit. vom Spielen &c. n. 3. pag. 385. & seq.* Ludi porro leges præscribit sequentes Ludovicus Vives in suis *Colloq. Dialog.*

5722. I. Quando ludendum. Homo propter res ferias est conditus, non propter nugas & lusus: lusus autem reperti ad reficiendum animum lassum à seriis. Tunc igitur ludendum, cum animus aut corpus erit defatigatum. II. Cum quibus ludendum. Quemadmodum facturum iter, diligenter dispicis, qui sint futuri comites: sic in ludo animadvertendum, cum quibus ludes: ut sint hominestibi noti. Nam in ignotis magnum est periculum: & verum 58 proverbium Plauti: Lupus est homini homo, qui qualis sit, non novit. Sint etiam belli, festivi, comes: ne sint blasphemii in Deum, aut dejeratores: ne in dictis spurci, ne quid ex contagione adfricetur tuis moribus pravum, aut flagitiosum: denique sint ii, qui non aliam ad ludum mentem adferant, quam tu: nempe ut labore conquiescat, & levetur animus. III. Quo ludo. Primum noto: quoniam in ignoratione non potest subesse delectatio, nec ludentis, nec collusorum, nec spectatorum. Deinde quòd simul animum reficiat, & corpus exerceat: si quidem tempus ac valetudo patitur. Sin secus: ludus sit, in quo non omnia possit mera fors: sed ubi peritia casum corrigere valeat. IV. Quâ sponfione. Nec nullâ sponfione; quia celerrimè exsatiat: nec ita magnâ, quæ ipsa lusione inquietet animum, & si vincaris, mordeat ac discruciet. Non est hic ludus, sed carnificina. V. Quemadmodum. Ut antequam ad ludendum adsideas, reputes te ad refocillandum animum venire, in cuius aleam conjicias pauculos nummos, hoc est, emas illis refectioem defatigationis: toto prorsum ludo sis comis, hilaris, facetus, jocosus, citra scurrilitatem & petulantiam: ne des significationem ullam fraudis, sordium, aut avaritiæ: in contentione ne sis pertinax: minimè omnium jurato; memor, rem illam totam (etiamsi meliorem causam habeas) non esse tanti, ut nomen Domini adferas in testimonium. Spectatores memineris esse velut iudices ludi: si quid illi pronunciarunt, cedito; nullam edens notam improbationis. VI. Quamdiu ludendum. Quoad sentias animum revocatum jam, & reparatum ad laborem, & vocet hora ad negotium serium. Qui secus faxit: improbè factum videtur. Cæterum de ista & aliis quæstionibus, ad ludi materiam pertinentibus, consulantur Didacus Covarruv. in *c. peccatum. part. 2. relect. §. 4. de reg. jur. Paladorius d. lib. 2. cap. 7. Menochius lib. 2. de arbit. jud. quest. cent. 4. cas. 399. & seqq.* Moria in *emporio jur. tit. 2. de aleatorib. quest. 1. & seqq.* Kubachius *cent. 1. question. illustr. decur. 4. q. 6. & seqq.* Ludovicus Carbo in *tractat. de omnium rer. restitut. quest. 37. & aliquot seqq.* Martin. Bonacina in *tract. de contract. & restitut. disput. 2. quest. 3. punct. 1. 2. & 3. pag. 192. & seqq.* Joan. Grivellus *decis. Senatus Dolani. 57. fol. 174. cum seq.* Besold. & Lindenpür. *d. loco Franc. Petrarch.*

lib. 1. de remed. utriusq. fortune. dial. 25. cum sequentib. Damhouder. in *praxi rerum criminal. cap. 126. Farinac. in prax. criminal. part. 3. quest. 109. pag. 631. cum seqq.* & Berlichius *decis. aur. 66. pagin. 217. & seqq.* alique ab his designati. Adde Döringium in *Bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. verb. alea. fol. 1233. & seqq.*

Mutui datio in quantitate consistit, hoc est, iis in rebus 59 omnibus, quæ pondere, numero & mensura constant: veluti vino, oleo, frumento, pecuniâ numeratâ, ære, argento, auro, & similibus, *hoc principio. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & actionib.* Solæ enim illæ res functionem per solutionem recipiunt, id est, tantundem præstant, cum pari pondere, numero, vel mensurâ in genere solvuntur, ac si in specie, seu (ut *Dialectici loquuntur*) in individuo restituerentur, *argum. l. certum. 6. in fine ff. de reb. creditis, &c.* Quâ de re latè, *post alios, à se relatos, Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 48. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 1. & seqq. Vultejus disceptation. Scholasticar. cap. 14. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 5. num. 5. cum seqq. Arumæus Disp. ff. 11. th. 1. Ant. Matth. Disp. ff. 9. th. 2. Jacob. Cramer. Disp. ad Instit. 16. thes. 3. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 3. & 4. Althusius, de rebus fungibilib. num. 1. & seqq.* In aliis verò rebus, putâ fundis, ædibus, libris, vestibus, equis, ovibus, vasis, & cæteris, ubi ipsa corpora, non quantitas spectatur, mutuum locum habere nequit. Nam et si res istæ numerari, vel etiam appendi, aut admensurari possint: quia tamen in genere suo functionem non recipiunt, ut ait Paulus in *d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. hoc est, altera alterius vicem non ita sustinet, ut omnino illa ipsa, quæ data quidem, sed non consumpta est, esse censetur; in mutuum minimè veniunt: siquidem aliud pro alio, invito creditori solvi non potest. d. l. 2. §. 1. in fin. ff. eod. Verbigratiâ: cum tibi admensuro 60 unum modium frumenti, eoque consumpto, tu mihi reddis alium modium frumenti ejusdem bonitatis: illum ipsum modium, quem tibi dederam, mihi restituisse videris. Non idem est, cum tibi dedi equum, vel bovem, & tu reddis mihi alium. Frumentum etenim, non itidem equus aut bos, mutuam functionem in genere recipit: quoniam animal licet simile sit aliis animantibus in suo genere: tamen individua ipsa, specie, formâ, qualitate, probitate, usu plurimum a sese invicem differunt: ut hîc verum sit, quod vulgò dici solet: *nullum simile esse idem. 61* Cum autem ea sit natura mutui, ut idem omninò reddi debeat, neque aliud pro alio solvi invito creditori queat. *d. l. 2. §. 1. ff. d. tit. evidens sit, quamobrem hæ res, pondere, numero, & mensurâ non constantes, in mutuum non cadant. Atque ita hoc explicant Vultejus hîc num. 15. Kitzel. d. cap. 5. num. 11. cum seqq. & VVesenbec. in Paratit. ff. de reb. credit. num. 11. Ideoque haud admitenda est opinio Jacobi Cujacii lib. 11. observat. cap. 37. prope finem. ejusque asseclarum, nempe D. Boceri class. 2. disputat. 7. thes. 22. edit. 2. pag. 201. Justi Meieri ad tit. ff. de reb. credit. & aliorum quorundam, statuentium: etiam gregem ad numerum mutuo dari posse, ita ut tot reddantur capita, quod data sunt, argument. l. quod sape. 35. §. in his. 5. cum §. seq. ff. de contrah. empt. Etenim si maximè (verbi gratiâ) equi vel oves in pari numero restituerentur, & tot capita, quot data fuerunt, redderentur: manifesta tamen inde emergeret iniquitas: siquidem ejusmodi individua suis peculiaribus formis, propriisque qualitatibus, à sese invicem plurimum differant, ut paulo antè monitum: atque idcirco ejusdem bonitatis (in qua semper mutuum est restituendum. l. cum quid. 3. ff. de rebus credit.) ejusdemque precii esse nequeant. Nec Cuiacianam opinionem quicquam iuvat textus in *d. l. quod sape. 35. §. in his. 5. juncto §. seq. ff. de contrah. empt.* Ibi namque Caius Jureconsultus hoc saltem habuit propositum, ut doceret; periculum gregis ad numerum venditi, ita demum spectare ad emptorem, quando ipsi gregem venditor adnumeravit: sicut & venditio eorum, quæ pondere, numero, mensurâve constant, non prius perfecta censetur, sic ut periculum emptoris sit, quam si adpensa, adnumerata, vel admensa fuerint. l. 1. §. 1. ff. de peric. & comm. rei vend. Licet ergo venditio**

gregis, & venditio quantitatis in eo comparentur: non tamen in omnibus conveniunt: nec protinus, sicut quantitas, ita & corpus in mutui contractum deduci potest, per notata Hunnii d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 3. pag. 858. cum seq. & in resolut. ad Treutler. vol. 1. Disp. 18. quest. 8. p. 1234. ubi dissentientis Cujacii, adeoque etiam sequacium opinionem monstruosam esse dicit, & passim ab Interpretibus Juris explosam. Hunnium refert & sequitur D. Martinus Rümelin, in Disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 3. sub lit. d.

62 De panibus, piscibus, carnibus, & ejus generis aliis rebus controvertitur: an mutuo dari possint; Et non posse, opinantur Accursius in d. l. 2. §. 1. sup. verb. in creditum. ad finem. ff. de rebus cred. ibique illum secuti Jacob. Butrig. Rayner. & Bald. Azo in sua summa C. si cert. petat. num. 18. & novissime Sebastianus Hornmold. tom. 2. repertor. in verb. mutuum. pag. 917. Sed rectius statuitur, etiam in istis rebus mutuum consistere; si panes certi ponderis mutuo dentur, ut ejusdem ponderis alii panes æquè boni reddantur: vel si pisces ad certum dentur pondus, ut alii ejusdem ponderis bonitatisque pisces restituantur: vel denique si carnes in pondus dentur, eâ lege, ut carnes ejusdem ponderis & bonitatis reddantur. Et si enim panes, pisces, carnes per se quantitates non sunt: attamen cum ad certum pondus eâ lege dantur, ut ejusdem ponderis & bonitatis panes, pisces & carnes restituantur: non amplius pro corporibus, sed pro quantitate hujusmodi res accipiuntur, arg. l. quod saepe. 35. §. in his qua pondere. 5. & §. seq. ff. de contrah. empt. Bartol. Alexand. Angel. Salicet. Paul. Castrensis & alii, in d. l. 2. ff. de reb. cred. Cujac. d. lib. 11. observat. cap. 37. circa finem. Ricciard. in hoc princip. n. 176. pag. 146. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. credit. cap. 4. num. 5. & part. 1. Disput. 2. de reb. credit. proposit. 7. pag. 144. & 199. D. Bocerus d. class. 2. Disput. 7. thes. 22. lit. b. edit. 2. & in hoc princip. num. 109. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 4. num. 4. Förster. lib. 3. Disputat. 16. thes. 13. Treutler. vol. 1. Disput. 20. thes. 1. sub lit. F. ibique Bachov. Cramer. Disput. 16. thes. 3. ad fin. Stuck. part. 1. Exercit. Instin. decad. 10. assert. 2. lit. d. pag. 377. Schickard. Disput. 12. ad Institut. thes. 3. sub lit. b. & resolut. quest. 2. Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 18. quest. 9. pag. 1234.

63 Ambigitur quoque de eo, ecquid mutuum sit, si eosdem nummos, quos tibi mutuo dedi, cum postea iis non indigeres, mihi reddas? Quod licet negare videatur Azo in d. sua summa C. si cert. pet. num. 16. tamen id ipsum non sine evidentiatione affirmat Accursius in d. l. 2. in princ. super verb. speciem. ff. de reb. cred.

64 Primùm enim accidentia substantiam vel naturam rei non immutant, arg. l. generaliter. 24. §. proinde. 15. ff. de fideicommiss. libert. Menoch. conf. 35. n. 19. lib. 1. Ast ex accidente hoc contingit, quod

65 iidem nummi redduntur, non ex mente contrahentium. Deinde uniuscujusque contractus initium, non ejus implementum, est spectandum. l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. l. si tantum 12. ff. ad senatus. conf. Maced. l. 1. §. id. Pomponius. 13. & §. si servus. 30. in fin. ff. de pos. l. si id, quod. 58. §. 2. ff. pro socio. l. 1. §. divus. 3. ff. ad legem Cornel. de fidei. Ab initio autem id inter contrahentes actum censetur, ut rei dominium in accipientem transferatur, atque in genere quantitas restituatur: quoniam aliter ab initio mutuum contrahi nequit. dict. l. 2. in princ. ibi, recepturi non eandem speciem, &c. ff. de reb. cred. & hic in verbis, non eadem res, sed alia ejusdem natura, &c. Præterea favore debitoris hoc est receptum, ut nummis mutuo

66 datis uti posset, utque eosdem in genere redderet. Quare si vult, eosdem restituere poterit: cum his, quæ pro se introducta sunt, renunciare cuilibet liceat. l. penult. C. de pact. præsertim si hoc fiat sine præjudicio creditoris, arg. l. precii. 9. C. de rescind. vendit.

67 Unde non obstat d. l. 2. in princ. ff. de reb. cred. ubi expressè dicitur, quod non mutuum sit, sed commodatum, aut depositum, si pecunia sic data fuerit, ut eadem species reddatur. Nam libenter largimur, & jam ante diximus, mutuum ab initio sic contrahi non posse, ut eadem res in specie reddatur, hoc princip. nostro & d. l. 2. sed tamen interim & hoc constanter asserimus: posse res mutuo ita datas, ut non ipsæ in specie, verum aliæ ejusdem generis præstentur, postea

restitui in specie: cum & aliàs in contractibus propositum & intentio contrahentium, ab initio contractus inspiciatur; non verò, quid ex post-facto contingat. d. l. si procuratorem. 8. in princip. ff. mandat. & similibus præallegatis. Nihil quoque officit, quod illud servari debeat, quod actum est. l. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de const. pecun. Id autem actum sit inter eos, qui mutuum contraxere, ut non eadem res in specie, sed alia ejusdem generis restituatur. Propositio liquidem hujus argumenti non est accipienda de illis, quæ favore alicujus sunt constituta. Hæc quippe contra invitum servari non debent. d. l. penultim. C. de pact. At verò dubium non est ullum, quin in favorem debitoris hoc sit constitutum, ut rem non in specie, sed in genere restituat, ut superius monitum. Præterea etsi videatur eadem illa res, quæ data fuit: attamen revera censi eadem non debet, nec potest. Nam quod dabatur, creditoris erat: quod verò redditur, est mutuatarii debitoris: cum in eum rei datæ dominium sit translatum, per hoc principium nostrum. Et huic ad stipulantur sententiæ Donellus num. 5. Zasius num. 9. Viglius num. 10. ad l. 2. ff. de rebus creditis. Borcholt. hic num. 6. Mynsinger. num. 8. Ricciard. num. 179. pag. 147. Schneidevvin. num. 12. D. Bocerus num. 31. pag. 161. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 8. num. 5. Arumans Exercitat. Instin. 12. thes. 9. Treutler. Disputat. 20. thes. 1. lit. g. volum. 1. Rober. Disput. 14. thes. 2. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 23. Hænonium disputat. 13. controvers. 6. Andr. Gerhard. Decad. 12. quest. 8. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 49. & seqq. Schickard. d. disputat. 12. thes. 3. lit. d. & resolut. quest. 7. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 7. p. 865. Vngepaur. exercit. Instin. 10. quest. 5. pag. 385. edit. ult. Richter. in tract. de contractib. disput. 2. th. 2. ad lit. b. pag. 30. Locamer. quest. juridicar. fascic. 35. quest. 1. & Knipschild. d. exerc. Acad. 2. quest. 17. pag. 69.

Jam de modo dandi & accipiendi mutuum, dispiciendum est. Is autem partim concernit substantiam, partim adjunctam qualitatem mutui. Modus qui mutui substantiam concernit, vel communis perhibetur, vel singularis. l. singularia. 15. ff. de reb. cred. D. Collega Bocerus. class. 2. disput. 7. thes. 24. edit. 2. & in hoc principio num. 111. & seqq. pag. 160. Communis mutuum dandi modus est: 70 cum ipsa pecunia mutua ab ejus domino, ipsam suo nomine dante, rectè ad accipientem mutuatarium proficiscitur. l. 2. §. creditum. 3. vers. item mutuum non potest. & §. seq. ff. de rebus credit. Neque verò statim contrahitur mutuum, ubi pecunia à creditore proficiscitur ad debitorem: sed tunc demum, cum eo animo pecuniam dat creditor, ut mutua fiat, & eadem opinione debitor accipiat. Hinc cum aliâ contractus opinione, quàm dati sunt, quis accipiat nummos: ut puta, si ego tibi pecuniam quasi donaturus dederim, tu quasi mutuam accipias: neque mutuum, neque donatio erit, auctore Ulpiano in l. si ego pecuniam. 18. in princ. ff. de reb. credit. Cui legi non contraria est l. cum in corpore. 36. ff. de acquir. rer. dom. ubi Julianus disertè respondit: pecuniæ dominium à me in te transire, cum ex alia causa sive opinione pecuniam tibi do, & tu ex alia eam accipis. Nam licet, Ulpianum irreconciliabili inimiciâ à Iuliano dissentire eique verè adversari, putet Antonius Matthæus disput. 9. Pandect. thes. 11. Continus lib. 1. disp. jur. civil. c. 9. ante finem. & alii nonnulli: tamen rectius sentiunt illi, qui dissidium istud ex collocatione legum componentes scribunt: Iulianum in dict. l. 36. loqui de traditione, modo acquirendi domini: Ulpianum vero in d. l. 18. loqui de contractu, modo acquirendæ obligationis: & si de traditione quærat, an efficax sit, respondendum affirmativè, dict. l. 36. si de contractu, an teneat, negativè, dict. l. 18. D. Gæddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 2. num. 8. & 9. Vultejus in §. per traditionem. 40. num. 8. supr. de rer. divis. & acq. ips. domin. ubi non solum nos n. 23. & seq. id latius exposuimus: verum etiam plures Interpretes, diversimodè Ulpianum cum Iuliano reconcilians, citavimus. Quibus addendi sunt Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. c. 2. Zasius & Costalins in d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. Borcholt. ibidem in suis Commentar. cap. 5. num. 7. Giphani, in dict. l. cum in corpore. 36. ff. de acquir.

de acquir. rer. domin. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 4. c. 18. D. Besoldus d. tract. de mutuo. cap. 5. num. 1. Iustus Reifenbergius disp. 5. juris civil. renovat. th. 24. & Nicolaus de Passeribus à Genoa, in conciliat. leg. pag. 231. & aliquot. seqq. edit. 2. ubi septendecim hujus antinomia conciliationes addu-

72 *cit.* Porro prædictam conciliationem non rectè intelligit D. Collega Bocerius, sicuti ex iis apparet, quæ scripsit hoc loco, num. 35. pag. 149. ubi admodum pueriliter monet, in mutuo quoque agi de acquirendo dominio. Quis enim unquam de hoc dubitavit, aut dubitare potuit, cui nel nomen mutui non fuit incognitum? in fine principii, h. t. l. 2. §. appellata. 2. & §. in mutui. 4. ff. de rebus credit. Verùm hæc est mea mens; nullam esse pugnam inter dictam l. 18. & d. l. 36. illam siquidem exaudiendam esse de contractu; hanc verò de traditione, seu domini translatione: adeoque hoc velle Iurisconsultos; quòd error vel dissensus in causâ tradendi impediât quidem contractum, sed domini translationem non item, quemadmodum pluribus docet Gæddeus d. loco, aliique supra allegati: quos si legisset D. Bocerius: proculdubio tam pueriles cogitationes de eorum conciliatione non habuisset. At magnam oportet esse hominis, confidentiam dicam, an arrogantiam; aliorum sententiam nec lectam nec intel-

73 lectam damnare non erubescens. Cæterum si decemdem, & paciscar, ut undecim reddas: non nascitur obligatio ultra decem, nec mutui, nec usurarum, nec etiam donationis nomine, l. rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. Ratio, cur hoc casu obligatio ultra decem, mutui nomine non nascatur, est perspicua: quia mutuum contractus realis est, hoc principio nostro: ac proinde quatenus res non intervenit, eatenus mutui obligatio contrahi non potest. Effectus quippe non debet esse major sua causâ: cum potentior sit causâ, quàm causatum Paul. de Castro in d. l. 11. §. 1. num. 3. Nummus itaque, qui superest, quasi creditus deberi nequit: quoniam numeratus non est. l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pact. l. cum ultra. 9. C. de non num. pecun. Ratio autem, cur obligatio ultra decem non nascatur usurarum nomine, hæc est: quia usura pecuniæ creditæ ex pacto, etiam in continenti adjecto, non debentur. l. quamvis. 3. C. de usur. D. Besold. in delib. jur. & lib. 22. ff. quæst. 2. pag. 55.

74 & seqq. Ratio denique, cur donationis nomine ultra decem non oriatur obligatio, est multiplex; Tum quia non hoc actum est, ut donaretur. Atqui donatio sine utriusque animo & voluntate non contrahitur. d. l. si ego. 18. ff. de reb. credit. l. si tibi 25. ff. de donation. l. in omnibus.

75 76 §. ff. de obligat. & actionib. Tum quia alia conjectura potest capi, quàm donationis, nempe ut facilius impetraretur mutuum, tradente Costalio ad d. l. 17. ff. de pact. Tum postremo, quia pactum illud omninò non valet: propterea quòd non solum formam mutui destruat, ut indicat Gæddeus d. Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 8. n. 82. & seqq. sed etiam quòd fiat in fraudem legis. l. non dubium. 5. C. de legib. quæ pacto usurâs deberi negat: ut, post Donellum ad d. l. rogasti. 11. ff. de reb. credit. docet Andr. Gerhards d. deced. 12. quæst. ultim. Adde D. Martinum Rümelin. in disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. cred. th. 4.

77 Singularis mutuum dandi modus est: si nummos meos tuo nomine, vel tuos, absente te, & ignorante, alicui tertio, putà Titio, dederò. Quâ mutui datione tibi, non mihi, directam certi conditionem acquiri, apparet ex l. 2. §. penult. vers. id enim tale. & l. certi 9. §. si nummos. 8. ibiq. Donellus, & Phil. Matthæus. ff. de reb. cred. Quòd si tamen tu ejusmodi nomen sive contractum reprobes: ipsemet vel mandatis actionibus, vel cessante mandato, utili conditione certi ex mutuo adversus Titium mutuatarium experiri poterò. l. si absentis. 4. C. si cert. petat. D. Bocer. d. class. 2. Dissput. 7. thes. 27. edit. 2. Iste autem modus ideo singularis dicitur: quòd secundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio sive numeratio, sed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum destinata est, obligationem mutui inducat. l. non omnis. 19. in pr. ff. de reb. cred.

78 quodque per liberam personam, quæ neque juri nostro subiecta est, neque bonâ fide nobis servit, dominium nobis non acquiratur. §. ex his itaq. 5. sup. per quas person. cuiq. acquir. quòd item is, qui alterius nomine contrahit, neque alii, ne-

que sibi obligationem vel actionem acquirere possit. l. quæcunque gerimus. 11. ff. de obligat. & actionib. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysgonus vers. per liberam person. ff. de verb. obligat. l. multum interest. 6. vers. si verò ab initio. C. si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, & c. l. si genero. 26. ibi. nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente iure. C. de jure dot. Quanquam non omnino insulse dicatur: in proposito casu nihil, quod ad constituendum mutuum exigitur, defuisse: sed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem intervenisse. Dominium quidem: 79 quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, sed tuo nomine Titio numeravi; eo ipso possessione ejus me abdicavi, eamque tibi acquisivi. l. quod meo. 18. in princip. ff. de acq. vel amitt. possess. ac postea per possessionem, etiam dominium. l. tradit. 20. in fin. ff. de acquir. rer. domin. Voluntatem verò: quia ut maximè possessio, vel quasi obligationis tibi, quamdiu absens fuisti & ignorasti, acquiri non potuerit. l. ea, quæ civiliter. 53. ff. d. tit. attamen ea tibi ita volenti acquisita fuit postmodum, ubi rescivisti, pecuniam tuo nomine Titio à me creditam esse; atque hoc ipsum creditum ratum habuisti, vel saltem non contradixisti: siquidem rati habitio ad tempus contractus retrahitur; adeò, ut à principio omnia eo, qui ratum habet, præsentem ac mandante gesta esse intelligantur, l. licet. 56. ff. de jud. l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth. l. ult. C. ad SC. Macedonian. l. donation. 25. in fine. C. de donationib. inter vir. & uxor. Kitzel. in exeg. de oblig. mut. cap. 6. num. 8. & seqq.

Est & ille singularis mutuum dandi modus; si pecuniam 80 meam apud te deposuero, posteaque tibi roganti permiserò, ut eâ utaris ex causâ mutui. Hac quippe specie, quantumvis non intervenerit vera traditio: nihilo tamen minus istâ permissione & conventionem pecunia, etiam antequam loco moveatur, sit mutua: proindeque periculum ejus ad te transit ab eo momento, quo ipsam mutuam impetrasti. l. certi. 9. §. ult. ibi, quasi mutua. ff. de rebus credit. l. qui negotia. 34. in princip. vers. nec huic simile. ff. mandati. Simulatq; enim usus illius pecuniæ tibi dispositario fuit concessus, quamvis non attigeris, eam animo possidere cœpisti: dum hoc animo es, ut eandem pecuniam, jam ante penes te existentem non amplius ex depositi, sed mutui causâ, affectuque dominantis obtineas: cujusmodi possessio, cum in ea animus (dum pecuniam voluntate domini pro tua habere incipis) & corpus (dum eam & antea tenuisti, & adhuc tene) concurrant, iusta & legitima reputatur. l. possideri. 3. §. 1. & l. quemadmodum. 8. ff. de acq. vel amitt. possess. Knipschild. exercit. Acad. 2. quæst. 13. pag. 65. & seqq.

Nec prædictis magnopere resistit, l. quod si. 10. ff. de reb. 81 credit. ubi pecunia initio deposita, non simplici deponentis permisso ac consensu mutua efficitur: sed eam insuper loco motam esse oportet. Nam rectè respondetur; legem hanc esse exceptionem dictæ l. 9. §. ult. ff. eod. ita nimirum, ut depositum quidem in ejusmodi casu, quo usus pecuniæ depositæ purè, sineque ulla conditione depositario roganti conceditur, statim in mutuum convertatur, etiamsi pecunia necdum à depositario loco mota & usurpata fuerit: sed res se habeat, si deponens motu proprio permittat depositario: ut, si volet, pecuniâ deposita utatur. Tunc enim depositum non ante convertitur in mutuum, quàm depositarius pecuniam loco moveat, eâque uti incipiat: quoniam (ut loquitur Vipian. in d. l. 10.) debitum iri non est certum: hoc est, nondum liquidò constat, depositarium ista pecuniâ uti velle, ut ejus debitor constituatur. Atque ita in causâ hujus l. 10. usus pecuniæ depositario non roganti permittitur sub hac conditione, si volet: quæ conditio tamdiu obligationem mutui suspendit, donec depositarius pecuniam moverit, hocque ipso se pecuniam istam usurpare velle declaraverit, arg. l. proinde. 8. ff. de reb. credit. Siquidem voluisse haud dicitur, nisi qui factò aliquo suam voluntatem expressit, argument. l. reprehendenda. 5. C. de instit. & substit. Philipp. Mart. ad d. l. quod si. 10. ff. de reb. credit. Kitzel. d. cap. 6. num. 14. & seqq. D. Bocer. hic num. 40. & seqq. pag. 150.

Is quoque perhibetur maximè singularis mutuum dan-

venit, ut pecuniam, quam ex causa mandati mihi debes, eam crediti nomine retineas, respondente Ulpiano
 83 in l. singularia. 15. ff. de rebus credit. Sed huic è diametro repugnare videtur Africanus in l. qui negocia. 34. in princip. ff. mandati. ubi expressum est: pecuniâ Lucii Titii apud mandatarium ex negociorum administratione existente, eâque ipsi postmodum creditâ sub usuris semisibus, eam creditam seu mutuam non fieri. Jacobus Cujacius tract. 8. ad African. in d. l. 34. § lib. 8. observat. cap. 8. post Fulgosium & Molinaum, censet; nullam esse quærendam rationem componendi dissidii inter Ulpianum & Africanum, eosque nullo pacto posse conciliari. Illos novissimè sequuntur Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 5. num. 26. Philippus Matthæus ad d. l. singularia. 15. ff. eod. Ant. Faber. libr. 3. conjectur. jur. civil. cap. 19. Georg. Frantzkius exercitat. jurid. 9. quest. 6. pag. 222. & Antonius Matthæus Disput. 9. pand. thes. 9. Quibus addatur Nicolaus de Passeribus à Genoa, in conciliat. leg. pag. (mihi) 205. & aliquot seqq. ubi octodecim conciliationes affert: quas tamen omnes itidem
 84 improbat, concludens: Ulpianum & Africanum revera hac in re à se invicem dissentire, nec ullâ probabili ratione conciliari posse. Verùm cum Iustinianus Imp. nullam in jure antinomiam aut contrarietatem agnoscat, quæ subtili mente, & verâ rationis indagine explicari nequeat. l. 1. §. nulla. 8. & l. 2. §. contrarium. 15. G. de vet. jur. enucl. alii Interpretes rectius existimant: Ulpianum de alia facti specie respondisse in d. l. 15. ff. de reb. credit. de alia item Africanum in d. l. 34. ff. mandati. Ulpianus namque loquitur agitq; utroque in casu suo de debitore præsentem. Si debitor meus sit præsens, & ego eum jubeam tibi dare pecuniam: tunc mutuum contrahitur, & pecunia à debitore meo ad me, & rursus à me ad te profecta videtur: idque singulari jure & benignè receptum est, fictione quadam. Cum enim præsens sit debitor: facile potuit mihi dare pecuniam, & ego illam tibi: ac propterea hoc factum esse fingimus. Sic cum convenit: ut pecuniam, quam mihi ex causa mandati debes, crediti nomine retineas: ea pecunia mutua efficitur: quia cum præsens sis, facile mihi dare pecuniam potuisti, & ego illam tibi: ideoque hoc fingimus esse factum. Utimur fictione brevis (ut ajunt) manûs: cum per rerum naturam facile fieri potuerit, ut tu mihi, & ego vicissim tibi pecuniam darem. Africanus contra loquitur, agitque de debitore absente. Quo casu pecunia, ex causa mandati debita, non fit credita sive mutua: quoniam fictione brevis manûs hîc uti non possumus. Neque enim per rerum naturam debitor absens mihi potest dare pecuniam, neque ego illam tibi dare possum. Quod verò in casu dicta l. qui negocia. 34. ff. mandati. debitor seu procurator fuerit absens, ex eo probatur; quod dicitur emisisse epistolam ad creditorem, sive dominum, quâ significavit; certam summam ex administratione apud se esse. Atqui ejusmodi epistolam non emitti, nisi ad absentes, in confesso est. Et hanc tanquam omnium planissimam verissimamque conciliationem adducunt Donellus in d. l. singularia 15. ff. de reb. credit. Kitzel. in exeges. de obligat. mut. cap. 6. num. 30. D. Bocer. hic n. 42. cum seq. pag. 150. Hunnius Disput. 14. thes. 5. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 6. Tametsi alii aliam conciliandi rationem afferant. Connan. lib. 7. Comm. jur. civ. c. 1. num. 9. Duarenus ad tit. C. si cert. pet. c. 2. Corasius lib. 6. Miscellan. jur. cap. 16. Robert. lib. 2. sentent. jur. cap. 4. Pacius centur. 3. ἐναρτισφαιών. q. 67. D. Besold. in tract. de mutuo. cap. 7. num. 12. cum seq. Reisenbergius d. disp. 1. juris civil. ph. 23. & D. Rûmel. d. disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 5. in fine. Cæterum prædictæ solutioni non obstat, quod à dissentientibus regeritur: Africanum in d. l. 34. ff. mandati. negantem, pecuniam esse creditam, non ponere fundamentum in absentia debitoris, sed in pactione. Borcholt. d. cap. 5. num. 15. pag. 265. Nam eo ipso, quod Africanus sese fundat in nuda pactione, quâ pecunia, ex causa mandati debita, non possit converti in pecuniam creditam, intelligitur se quoque fundare in absentia paciscentium. Siquidem pactio ideo erat nuda: quod traditio nulla, ac ne ficta quidem, intervenerat: hoc verò idcirco; quia res inter absentes gerebatur, inter

quos figi traditio nullo modo poterat; ut ita absentia sit, maneatque potissima causa, cur in specie dicta l. 34. pecunia non fuerit facta credita. Hunn. d. quest. 6. vers. cæterum adducta, &c. pag. 864.

Similiter non obstat, quod Africanus ibidem speciem 86 illam, cum tibi debitorem meum jubeo dare pecuniam, objiciens huic speciei, ut pecuniam ex causa mandati debitam, ex crediti causa retineas; & admittens in priori specie, pecuniam fieri creditam, in posteriori non item, nullam aliam diversitatis rationem, quàm hanc, assignat: quod in priori specie receptum sit benignè, ut pecunia sit credita; in posteriori verò non sit receptum: atque ita in absentia debitoris se minimè fundat. Hoc, inquam, non obstat. Quandoquidem respondetur: in priori ista specie benignè receptum esse, ut pecunia credita fiat: quia omnes paciscentes fuerunt coram & præsentem, inter quos ex benignitate & fictione brevis manus potuit pecunia facile in creditam converti: in posteriori autem casu pecuniam non fieri creditam: quia scilicet paciscentes fuerunt absentes; ut ita diversitatem illorum casuum præsentia & absentia duntaxat personarum manifestè pariat.

Præterea nihil movet in contrarium: quod epistola in 87 jure nostro etiam pro cautione & chirographo accipitur; idque præsentem quoque dari posse, non dubitetur. L. emptor. 47. §. 1. ff. de pact. l. Titius. 24. ff. de pecun. constit. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act. Etenim verbum epistolæ in jure multoties significare chirographum, non quidem negatur: at hoc fieri improprie & abusive omnibus notum est. A 88 propria vero verbi significatione in dubio recedendum non est. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3. Accedit, quod epistola dicitur ad dominum emissâ in d. l. qui negocia 34. in princip. ff. mandati. Epistolam autem emittere non dicimur, nisi ad absentes. Eodemque facit, quod Africanus ibidem ait, procuratorem illâ epistolâ significasse domino, penes se esse pecuniam. Atqui epistolâ significamus & notum facimus aliquid absentibus tantum. Unde Cicero lib. 1. Epist. ad Q. Fratrem, proprium hoc epistolâ esse testatur, ut scribatur de rebus, quas quis ignorat. Ita explicat D. Hunnius d. quest. 6. circa finem.

Porro & ille mutuum dandi modus singulariter est re- 89 ceptus: si tibi mutuos roganti nummos, lancem vel massam auri argentivè, aut aliam quamlibet speciem tradam, ut eam vendas, & nummis ex venditione redactis utaris, tuque eam vendas. l. rogasti. 11. in princ. ff. de reb. credit. Lex etenim, celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultat: & me brevi manu pretium ab emptore accepisse, tibi que illud credidisse, fingit, argum. l. hac ratio. 3. §. sed si debitorem. 12. ff. de nat. inter vir. & uxor. l. licet. 43. §. 1. ff. de jure dot. Nec huic reluctatur. l. 90 rogasti. 19. in princ. ff. de præscript. verb. ubi ex tali facti specie, quam mutuum inducere modo indicavimus, non conditionem certi, ex mutui contractu nascentem: sed actionem præscriptis verbis, ex contractibus innominatis competentem, exoriri respondetur. Nam mutuum tunc contrahi censetur, certique conditione, tanquam ex mutuo, agitur; quando is, qui rem vendendam accepit, pretium recepit: idque ex proposita specie in d. l. 11. ff. de reb. cred. satis evincitur. Hoc enim actum est, ut rem venderes, & nummis acceptis uteris: quoniam nisi acceperis, pecunia tibi mutua esse haud potuit: cum non nisi accepta pecunia uti potueris. Sin autem is, qui rem accepit vendendam, eam nondum vendidit: aut vendidit quidem, sed precium necdum exegit vel accepit: tunc nondum est mutuum: quia mutuum contractum dici nequit, nisi acceptâ à debitore pecunia: neque species in mutuum cadere potest. l. 2. §. 1. ff. de rit. Ideoque præscriptis verbis hîc actio creditori competit: quâ compellere rem accipientem valet, non tam ut actionem sibi adversus emptorem cedat, arg. l. si socer. 44. §. 1. ff. solut. matrimon. quàm ut rem sive speciem, quam nondum vendidit, restituat; aut si vendidit, ut tum pecuniam ab emptore condictam vel id quod interest exigat, & in vicem speciei datæ sibi reddat: sicut, post Zassum num. 4. & Alciatum num. 7. id explicat Philippus Matthæus ad d. l. rogasti. 11. in princip. ff. de reb. cred. Pacius cent. 3. ἐναρτισφαιών quest. 65. Bronchorst. cent. 2. ἐναρτισφαιών. assert. 23. edit. 2.

91 Rursus non contrariatur *præallegata l. qui negocia. 34. in princip. versic. his argumentum esse. ff. mandat. ubi Africanus tradit, pecuniam mutuam non fieri, si tibi, cum mutam pecuniam dare vellem, argentum vendendum dederim. Etenim, secundum communem Dd. sententiam, respondetur: hanc legem de ejusmodi casu exaudiendam esse, quando quis mutuum petenti dedit argentum vendendum, non quidem eâ lege, ut accipiens pecuniâ inde redacta protinus uteretur: sed ut danti prius illam afferret, ac postea illam ab eodem mutuam acciperet. Idque innuere videtur ipse textus his verbis: *cum mutuam pecuniam dare vellet, &c.* Ergo nondum dedit. Non si quidem convenit expresse, ut accipiens rem vendendam, statim post rem venditam pecuniâ uteretur. *Alit in d. l. rogasti. 1. in princ. ff. de reb. credit. nominatim actum est; ut, re venditâ, venditor precio sive nummis inde redactis uteretur, adeoque isti nummi statim post venditionem mutui essent. Accurs. in d. l. qui negocia. 34. §. 1. ad verb. nihilo magis. ff. mandat. Aciatus & alii in d. l. rogasti. 1. ff. de reb. credit.* Et ab hac solutione non omnino alienus videtur Donellus *ibidem*, & Kitzelius *in d. exegesi, de oblig. mut. c. 6. n. 20.* Deinde & hoc non incommode dici poterit: Africanum negantem, pecuniam ex lance, vel argento mutui causâ vendendo conflata fieri mutuam, ad strictam juris rationem respexisse: quippe quæ non patitur, ut mutuum, quod re, hoc est, numeratione fieri debeat, nudâ pactione contrahatur. Neque etiam mutui naturæ quæ de meo tuum fieri vult, hoc convenit: ut accipientis pecunia fiat, quæ à mutuante ipsi tradita non est, *hoc pr. nostro. & d. l. 2. §. appellata. 2. ff. de reb. credit.* At verò Ulpianus fictione juris nititur: quasi is, qui mutuum rogavit, hoc casu censeatur pecuniam ex lance redactam brevi manu danti solvisse; ac eandem illico ab ipso recepisse. Mutuum igitur, quod jure stricto valere non poterat, Ulpianus ex benignâ juris ratione sive ex æquo & bono sustinet, propter singularia quædam creditæ pecuniæ præcepta. *d. l. singularia. 1. §. ff. eod. tit. Inl. Pac. d. cent. 3. quæst. 6. §. in fin. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 23. ad fin. Philip. Matth. ad dictam l. 1. ff. de reb. credit. pag. 114. Molin. in tract. de usur. quæst. 84. n. 658. p. 653. D. Besold. in tract. de mutuo. c. 7. n. 6. D. Rümelin. d. disp. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 6. lit. b. Knipschild. d. exerc. Acad. 2. q. 15. pag. 67.* Atque istam geminam primâ facie pugnantium legum conciliationem, quantumvis divinationis vitio laborare putetur, malo calculo meo comprobare, quam cum Cajacio *in d. tract. 8. ad African. ad d. l. qui negocia. 34. sub pñem. ff. de reb. credit.* ejusque perpetuo asseclâ Borcholten *d. cap. 5. num. 28.* & Anton Fabro *d. lib. 3. conjectur. cap. 29.* & nonnullis aliis asseverare, ab Ulpiano Africanum verè dissentire, contra pronunciatum Divi Imp. Justiniani *in d. l. §. nulla. 8. & d. l. 2. §. contrarium. 1. §. C. de vet. jur. enucl.* Porro magis divinatorias solutiones qui amat, adeat is D. Bocerum *hic num. 46.* inter verum & quasi mutuum inconsideratè distinguentem; & Hunnium, inter veritatem & fictionem juris distinctionem temerè fingentem, *d. ib. 3. var. resolut. jur. civ. tr. et. 3. part. 1. quæst. 5. in fine.* itemque Nicolaum de Passeribus à Genoa *in d. concil. leg. pag. 223.* & seqq. ubi septem conciliationes refert.*

92 Modus dandi & accipiendi mutuum, adjunctam mutui qualitatem concernens, hic est: quod mutuum datur aliquando gratis, quandoque verò sub usuris. *l. lecta. 40. ff. de rebus credit.* (quam insignem legem, à paucis hæctenus intellectam, omnium accuratissimè rectissimèque noviter explicuisse mihi videtur D. Rümelin. *d. disput. ad tit. 1. lib. 32. ff. de reb. credit. th. 12. & sex. seqq.*) *l. debitor. 7. l. pecunia. 9. l. Gajus. 1. l. Seja. 12. l. cum quidam. 17. & l. etiam ex nudo. 30. ff. de usur. D. Bocer. d. class. disput. 7.*

93 *thes. 31. edit. 2.* Suâ equidem natura mutuum, utpote ex amicitia & familiaritate profectum, est gratuitum, *arg. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. usura pecuniæ. 121. ff.*

94 *de verbor. significat.* Verùm stipulatione mutuo adjectâ effici potest, ut propter usum pecuniæ mutux licitas usuras mutuarius præstet. *l. quamvis. 3. C. de usur. l. idemq. 10. §. si quis Titio. 4. ff. mandat. l. Titius. 24. ff. de præscript. verb.* Idque receptum est ideo: non, quod non sit contra naturam & essentialem proprietatem mutui, usuram mutux pecuniæ accipere: sed quod tunc non tam ex mu-

tuo usuræ numerentur, quàm ex stipulatione, cui causam solummodo præbuit mutuum, *dovenie Gæddeo in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 8. n. 83.* Planè si vinum, oleum, vel frumentum mutuo detur: ob incertum & inconstans frugum precium, etiam ex nudo pacto usuras præstari, rescriptum extat. *l. frumenti. 12. ibiq. Gothofredus. l. si ea lege. 17. & l. oleo. 23. C. de usur.* Sed & si pecunia à civitate, vel argentariis alicui credatur: usuræ nudo pacto promissæ debentur. *dict. l. etiam ex nudo. 30. ff. eod. Novell. 136. cap. 4. ut & si trajectitia pecunia mutuatur. l. periculi. 5. §. ultim. & l. in quibusdam. 7. ff. de naut. fœn.* Aliàs verò nudum pactum mutuo, ut stricti juris negotio, etiam in continenti adjectum, ad actionem jure civili scripto inefficax esse, extra controversiam est. *d. l. si tibi decem. 17. in princ. ff. de pact. l. rogasti. 11. §. si tibi dederim. ff. de reb. credit. D. Bocer. d. Diss. 7. th. 33. lit. e.*

Est & hic ejusdem generis dandi & accipiendi mutuum 95 modus, quo mutuum datur sive contrahitur vel purè, vel ad certum diem, vel sub conditione. *l. proinde. 8. & d. l. lecta. 40. ff. de reb. credit.* Sed quæri hîc potest: 96 an mutuatus pecuniam purè, eam statim reposcenti creditori restituere compellatur? Et quamvis Accursius, Baldus & Angelus *ad l. si pœnam. 68. ff. de verb. obligat.* affirmativè respondeant: ego tamen cum Doctoribus *suprà num. 17. citatis*, contrariam sententiam veriorè judico, adeoque existimo: tantum temporis inter pecuniam acceptam, & eam restituendam intervenire debere, quantum arbitrio judicis debitori, ad convertendam illam in utilitatem suam, sufficere possit. Hujusque asser- 97 tionis ratio non obscura est: tum quia contractus idcirco sunt adinventi, ut exinde aliqua utilitas ad contrahentes redundare queat, *argum. l. si, ut certo. 5. §. 2. ff. commod.* Tum quia homines hominum beneficiis juvari oportet, 98 non decipi. *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. in fine. ff. d. tit.* At si debitor cogi possit, ut pecuniam mutuo acceptam statim creditori restitueret, deciperetur potius, quàm juvaretur. Idem quoq. cautum reperitur iure Provinciali *renovato Würtemb. part. 2. tit. 1. §. Welcher dem andern/re. pag. 236.*

Nec quicquam refragatur *l. cum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. de verb. oblig.* ubi hæc in verba Ulpianus respondit: *Quoties in obligationibus dies non ponitur, præsentis die pecunia debetur.* Cum quo concordat Pomponius *in l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* Nam summo quidem jure inspecto, statim debitor à creditore conveniri posse videtur, ut pecuniam acceptam restituat: verùm ut contra juris stricti regulas, multa pro communi utilitate sunt constituta, teste Juliano *in l. ita vulneratus. 5. §. ult. ff. ad leg. Aquil.* sic & in proposito specie communis utilitas & æquitas suadent, ut non statim debitor conveniatur: sed aliquod ei temporis intervallum relinquatur, quo pecuniam mutuo acceptam in necessarium usum erogare valeat. *Fachin. lib. 2. controuv. jur. cap. 51.* Benignius quippe leges interpretandæ sunt, quo 100 voluntas earum conservetur. *l. benignius. 18. ff. de leg.* Hinc licet & aliàs quodvis debitum purum, cui nulla dies vel conditio appolita est, præsentis die deberi & peti posse dicatur. *l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat.* nihilominus tamen debitori aliquid adhuc temporis ex æquitate indulgendum præcipitur, quo comodèolvere possit. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionib. & liberationib. l. si ita stipulatus. 14. cum l. seq. 15. l. existimo. 98. §. ult. l. continuus. 137. §. illud. inspiciendum. 4. ff. de verb. obligat. Kitzel. in exegesi, de obligat. mut. c. 6. num. 47. Knipschildt. d. exercit. 2. quæst. 21. pag. 72. Richter. d. disp. 2. thes. 8. ad lit. a. pag. 44.*

Illud quoque in quætionem non inconvenienter hoc 101 loci vocatur: utrùm in diem quod debetur, creditori invito ante diem rectè solvatur? Id quod non levibus rationibus moti negandum putant *peculat. lib. 4. part. 3. tit. de emphyteus. §. nunc aliqua. num. 44. Bald. in l. item illa. 18. ff. de constit. pecun. in lect. antiqu. num. 1. & in addit. nov. ex lectur. antiqu. ibidem, n. 2. ibi, nota quod creditor, &c.* *Emilius Ferret. & Cujacius in l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. obligat. idem Cujac. libr. 23. observat. cap. 22. Borcholt. in tract. de verb. obligat. cap. 6. num. 33. & D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 7. thes. 35. edit. 2. & infra ad principi. tit. quibus modis tollit. obligatio. num. 67. &*

- multis seqq. pag. 535. & seqq.* Verum contraria affirmantium sententia ut crebrioribus votis recepta; ita & veritati magis consentanea est. Eaque in primis nititur aperto textu in *l. stipulatio ista, habere. 38. §. inter 16. & l. continuus. 137. §. 2. vers. nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. & l. quod quis. 50. ff. de obligat. & actionib.* in quibus scriptum est, quod certâ die promissum
- 102 est, vel statim dari & solvi posse. Rectè autem jureque illud solvi posse dicitur, quod invito adversario vel creditore, solvi potest, *argument. l. quod stipulatus. 10. & l. si quis stipulatus fuerit. 57. §. 1. ff. de solutionib. & l. si quis alii. 4. vers. planè. infr. de inutilib. stipulat.* Nec prædictos textus enervat, quod quidam regerunt: sæpius aliquem dici, posse etiam id, quod potest ita deum, si adversarius velit & consentiat. *l. rescriptum. 12. in princip. ff. de distract. pignor. l. invitum. 11. C. de contrah. empt. l. nec emere. 16. C. de jure deliber. l. invito. 69. ff. de*
- 103 *reg. jur. & similib.* Etenim non nisi improprie dicitur, id quempiam posse, quod facere nequit, altero non consentiente. Ast à propria significatione verborum non aliter recedi oportet, quam cum manifestum est, hoc sensisse legislatores. *l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.*
- 104 Proinde pro nostra assertione haud parum facit, quod in *l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verbor. obligation. & in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionib.* traditur: in obligationibus in diem, totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui. Atqui liberum non esset debitori tempus ad solvendum, si ei non liceretolvere invito creditori, aut si creditor solutionem recusare ante diem jure posset. Liberum quippe illud dicitur, quod est in potestate alicujusita, ut facere, cum velit, possit. Nec quicquam movet, quod à dissentientibus assertur: illud quoque dicalicui liberum esse, seu liberum relinqui, quod non ex facientis tantum, sed alterius etiam voluntate & consensu dependet: ut cum dicimus, liberum esse adolescenti cum puellâ matrimonium contrahere: hîc liberum
- 105 non est absolutæ voluntatis. Neque enim adolescens, si puella nolit, matrimonium cum illâ contrahere potest: cum libera debeant esse matrimonia, *argument. l. Titia. 134. in fine principii. ff. de verbor. obligat.* Nihil, inquam, id movet: quia istud improprie liberum dicitur: in quo significatu verbum hoc *liberum*, Ulpianum in *d. l. stipulatio. 38. §. inter. 16. ff. eod. & Celsum Jureconsultum in d. l. quod certa. 70. ff. de solutionib.* accepisse, præsumi non debet, *arg. d. l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3.*
- 106 Tertiò huc confert *l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. in fine. ff. de verbor. obligat. l. intra 7. ff. de re judicat. l. cum tempus. 17. in fine. ff. de regul. jur. & §. omnis stipulatio. 2. vers. quia totus. infr. de verbor. obligat.* in quibus locis disertè cavetur, quòd diei adjectio sit pro reo sive debitore, non pro stipulatore seu creditore. Si igitur dies pro debitore est; ei die uti licet, si velit: si nolit, eique videatur commodum statimolvere, licet die non uti: ut ita nihil magis ei dies noceat, quam si omnino adjectus non esset: quo casu statim etiam creditori invito solvi posse, certum est: aded, ut illo recusante accipere, si pecunia solenniter obsignetur, ipso jure liberatio contingat. *l. obsignatione. 9. Cod. de solutionib.* Ac sanè dies, qui pro debitore est, ipsi obesse minipne debet, *argum. leg. nulla. 25. ff. de legib.* ubi Modestinus per-eleganter hunc in modum respondit: *Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur: ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriorè interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.*
- 107 Quartò huic sententiæ robur addit: quòd cuique licitum est; beneficio pro se tantum introducto renunciare, idque contemnere. *l. si iudex. 41. ff. de minorib. 25. an l. sed & si. 4. §. quasitum. 4. ff. si quis caution. in judic. sistendi caus. fact. non obtemp. l. pactum. 46. ff. de pact. l. penult. Cod. eod.* Atqui verò dies beneficio debitoris seu promissoris tantum in dubio adjectus intelligitur. *dict. l. eum, qui. 41. §. 1. in fin. ff. de verbor. obl. d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur.* Ergo illi debitor renunciare, illumque contemnere: & consequenter etiam ante diem creditori repugnantisolvere poterit.
- 108 Quintò accedit textus in *l. eum, qui rogatus. 15. ff. de annuis legat.* ubi dicitur, si dies non legatarii, sed heredis causa adjectus sit: tunc si ante diem solverit heres legatum,

ipsum liberatum censeri: cum plus præstiterit, quam debuerit. Sextò suffragatur jus vetus Provinciale Württembergicum, *part. 2. tit. Wie geliehen Geld und Gut gefordert und bezahlt werden soll. p. 184.* ubi hæc habentur verba: *So aber gewisse Zihl und Tag gesetzt sol der Leihher vor dem Zihl nicht fordern/ aber der Schuldner mag vor dem Zihl wol zahlen wann er will/ welches auch der Leihher anzunehmen schuldig.* Quæ dispositio cum jure renovato Württembergico specialiter non sit sublata aut correcta: meritò ei etiamnum standum erit. *l. precipimus. 32. §. ult. Cod. de appellationibus.*

Postremò hanc defendunt, probantque sententiam Bartol. Iason. Coras. & Duaren. in *dict. l. stipulatio ista. 38. §. inter. 16. ff. de verb. oblig.* Donell. in *dict. l. eum, qui. 41. §. 1. n. 47. & seqq. ff. eod. Gæddens ad l. ut si cui. 12. §. n. 5. ff. de verb. signif.* Gomez. tom. 2. var. resol. c. 11. n. 22. Anton. Faber. lib. 1. conjectur. jur. c. 1. Briffon. lib. 1. de sol. pag. 348. Bronchorst. centur. 2. ἐν τῷ 109 αὐτῶν. assert. 95. edit. 1. Hackelman. Diss. illust. thes. 9. lit. b. Forster. lib. 3. Diss. 19. thes. 7. Arumaus Exerc. Justin. 16. thes. 3. & in Commentar. de morâ. cap. 7. num. 9. Clud. de condict. indebit. cap. 2. num. 8. Plebst. Disputat. 2. de jure topico Ducatus Württemberg. thes. 9. Hunnius Disputat. 16. thes. 31. & libr. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 2. quæst. 10. pag. 835. & seq. Philipp. Decius in d. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. num. 4. vers. idem est de quolibet, & c. Petr. Peck. lib. 5. de testam. conjug. c. 28. n. 2. Ioan. Zanger. de except. part. 3. cap. 1. num. 218. & seqq. Andr. Gerhard. decad. 16. quæst. 3. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 16. cap. 11. ad lit. c. Petrus de Bella Pertica in suis questionibus. & decisionibus aureis & singularib. quæst. 41. Dn. Martin. Rümelin. Exercit. 16. ad Instit. th. 8. sub lit. e. pag. 151. Riemer. decad. 11. quæst. illustr. 9. Hænon. Disput. 17. controvers. 24. Wegner. Disputat. 13. thes. 6. ad lit. c. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 96. lit. a. Petr. Aug. Morla part. 1. empor. jur. tit. 8. quæst. 21. num. 4. aliq. ab eo citati. Atque hanc assertionem novè etiam tuetur, & Scabinorum Lipsiensium responso corroborat Matthias Berlichius decis. aur. 153. n. 2. & seqq. pag. 587. cum seqq.

Huic stabilitæ decisioni primò non adversatur *l. si solu- 109 turus. 39. vers. quidem, si inopportuno. ff. de solut. ex quâ patet, oblationem & solutionem pecuniæ fieri debere opportuno loco & tempore.* Opportuno autem tempore non solvitur debitum, si alio tempore, quam quo dari debuit, sicque ante diem adjectum solvatur vel offeratur. Non adversatur, inquam. Quia minor propositio manifestè falsa est, nec ullâ lege probari potest: quinimò ex majori propositione hæc potiùs assumptio extrui debet: Ast opportunum tempus est, licet ante diem constitutam debitor solvat, ut ostensum est ex *d. l. eum, qui. 41. §. 1. in fine ff. de verb. oblig. & similibus præallegatis.*

Deinde non resistit *l. creditor. 102. in princip. ff. de solut. 110* ex qua tale ducunt argumentum: Si debitor alio tempore creditori invito possetolvere: periculum non debitoris esset, sed creditoris, qui pecuniam sibi oblatam accipere noluit. Creditoris vero non esse, sed debitoris, liquet ex *d. l. 102. ff. eod.* Hoc, inquam, non resistit: quoniam in specie istius legis ideo periculum creditoris non esse respondetur: quia in opportuno tempore debitorolvere voluit: ac proinde creditor pecuniam oblatam, alio die, hoc est, sibi magis opportuno, accepturus, justa ex causa distulit. Quod ipsum exemplo tutoris planum & perspicuum efficitur. Nec enim ita constringendus est creditor; ut, si necessariis occupationibus distentus atque districtus teneatur, iis omissis debitorem sequi necesse habeat: sed potius in alium sibi magis convenientem & opportunum diem differre solutionem poterit: & si interim deposuerit debitor pecuniam (qui videtur esse casus *dict. leg. cred. 102.*) suo, non creditoris, periculo deponet: cum nulla prorsus hic culpa creditori, qui necessariis negociis impeditus oblatum accipere non potuit, imputari queat. Necessitatem siquidem legi non subesse, tralatitium est, *111* *argum. l. 2. 3. & 4. ff. de in jus vocand. l. 1. §. 1. cum ibi notat. ff. de offic. consul. l. alienationes. 13. ff. famil. ercisc. l. quæ propter necessitatem. 162. ibique Decius, & Cagnolus. ff. de reg. jur. latè Tiraquell. in tract. de retract. Lignagnier. §. 26. gloss. 1. num. 19. & sequentibus.*

112 Sic quoque non refragatur *l.2. §.idem Iulianum.7. §. l.is, qui certo.9. ff. de eo, quod certo loco.* ubi is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promittit, solvere invito stipulatore potest. Ergo nec alio tempore solvere poterit: cum locus & tempus comparentur. *d. l. si soluturus.39. ff. de solutionibus.* Nam respondetur: rationem consequentiae non sat firmam esse: propterea quod tempus solius promissoris, non etiam stipulatoris, gratia adjiciatur. *d. l. eum qui.41. §.1. in fin. ff. de verbor. obligat. d. l. cum tempus.17. in fin. ff. de reg. jur. §. similibus supra adductis.* locus autem utriusque contrahentis gratia apponi soleat. *d. l.2. in princ. ff. de eo, quod certo loco.* Nec quicquam comparatio loci & temporis in *d. l. si soluturus.39. ff. de solut.* officit, modò eam ratione importunitatis quispiam intellexerit, docente Arumaeo locis praallegatis.

113 Rursus nihil obstat *l. item illa.18. in princ. ff. de constit. pecun.* ex qua evincitur: creditorem impunè recusare posse ante diem constituti debitam pecuniam accipere. Et enim creditor ante diem constituti recusare solutionem potest: & nihilominus ei actio de constituta pecunia ad solvendum competit, si tempore constituti paratus sit accipere; si scilicet res adhuc sit integra, id est, si promissa res adhuc extet. Nam & ceteri omnes creditores, quibus ex aliis causis debetur, etsi maximè in accipiendo moram fecerint: nihilominus tamen integras actiones suas retinent, quamdiu res debita extabit. *argum. l. illud.17. ff. de peric. §. comm. rei vend.* Itaque Jureconsultus in *d. l.18. ff. de constit. pec.* indicans, actori non nocere, si promissum ante diem oblatum accipere recusavit, non simpliciter negat nocere: sed negat nocere ad actionem constitutae pecuniae movendam, rebus adhuc integris, si nimirum res promissa adhuc extet. Unde haud obscurè arguit, aliis in rebus illi nocere, quòd ante diem accipere oblatum recusaverit. *Late Donell. ad d. l. eum qui.41. §.1. n.49. ff. de verb. oblig.*

114 Præterea negotii facit nihil *textus in l. sed etsi ante.20. ff. ad Senatus cons. Trebell.* ubi cum heres, qui ad diem rogatus erat restituere hereditatem, ante diem non rectè restituit: inde inferendum videtur, quòd nec debitor ante diem solvendo, creditore invito, liberari queat. Heres enim, qui ad diem rogatus est restituere hereditatem, non tenetur quidem ante diem in fideicommissarium hereditatem transferre: si tamen eam sponte vult restituere, hoc potest facere in sui præjudicium; ut scilicet actiones, quæ heredi contra hereditarios debitores competebant, in fideicommissarium transferantur, *l. post mortem.12. §. inibi Castrens. Cod. de fideicommissis. Bronch. d. cent.2. assert.95. ed.1.p.265.*

115 Tandem nostræ conclusioni nihil decerpit. *l. qui Roma.122. in princ. ff. de verb. obligationib.* ubi traditur, quòd debitor in diem, ante diem creditori invito non rectè solvat. Quandoquidem in istâ lege dies fuit appositâ in gratiam creditoris seu stipulatoris: ac proinde ante diem ei invito solvi nequit: quia utilitas temporis, contrahentium conventionem vel testamento illi semel concessâ, invito auferri non debet, *arg. l. si ita relictum.43. §.2. ff. de legat.2. d. l. eum, qui.15. ff. de annuis legat. l.3. §.3. ff. de usuris. Gerhard. d. decad.16. quæst.3. in fine.* Cæterum in dubio dies semper præsumitur adjectus in gratiam debitoris: ideoque is etiam præmaturè & ante diem solvere potest: cum cuilibet favori suo renunciare liceat, *d. l. eum, qui.41. §.1. in fin. ff. de verb. obligat. d. l. cum tempus.17. ff. de reg. jur. d. l. penult. Cod. de pact. Ant. Gomez. tom.1. var. resol. cap.15. num.5. §. tom.2. cap.11. num.22. huncq. cum aliis citans Petrus Aug. Morla d. part.1. emporii jur. tit.8. quæst.21. num.4. §.5.*

116 Ex prædictis quilibet, qui non contentionis, quàm veritatis, amantior est, fateri cogitur: veram esse illorum sententiam, qui statuunt: etiam invito creditori ante diem solvi posse, quòd in diem debetur. Verum clariss. Dn. Collega Bocerius semel seductus, atque in erroneam opinionem adductus, ab ea pro more suo recedere non vult. *infra ad princ. d. tit. quib. mod. tollit. oblig. n.68. §. seqq. p.535.* Unde rationes & responsiones modò allatas eludere conatur: sed frustra. Nam primò impingit in eo, quòd putat, solum illud diem, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum. At textus ab ipso allegati, hoc non docent: sed id saltem efficiunt, diem

illum, in quem promissum est debitum, esse tempus solvendi opportunum: quod nemo unquam negavit. Sed quòd ille solus dies sit tempus solvendi opportunum, adeoque præcise illo die facienda sit solutio, & ante illum diem invito creditori solvi nequeat: hoc, inquam, nullo jure cautum reperitur.

Deinde admodum debili argumento, pro corroboranda sua opinione, utitur: quando putat, eandem esse rationem solutionis faciendae certo tempore: quæ est conditio solutionis certo loco præstandae: Namque ratio diversitatis patet ex iis, quæ in præcedentibus dicta sunt ad num. 112. Et licet Dominus Collega Bocerius opinetur: quædam consideratione tempus etiam creditoris gratia adjici dici: tamen id nullo jure comprobare potest. Etenim legis, si soluturus.39. ff. de solutionib. quam pro sua opinione adducit, longe alius est intellectus: sicut pluribus ostendit Arumæus in *d. Comment. de mora. c.7. num.9. §. d. Exercit. Justin.16. thes.3.* Tertiò valde ridiculum & suavem se præbet D. Bocerius, quando negat, veram esse propositionem illam, quâ dicitur, posse quem etiam invito alio, quòd potest. Nam quando in *d. l. rescriptum.12. in pr. ff. de distr. pign.* dicitur: creditorem à debitore pignus emere posse: præsupponitur consensus utriusque, ita exigente negotio, de quo ibi agitur, *arg. t. infr. de oblig. ex consensu.* Et antequam constet de voluntate debitoris, nondum posse dicitur creditor. Idem etiam ad alterum exemplum, à D. Bocero allatum, respondendum putamus. Itidem enim, quando quis dicitur posse alteri donare, præsupponenda est voluntas ejus, cui quis donare posse dicitur. Hac siquidem deficiente, ei donari non potest. *l. hoc jure.19. §. non potest.2. ff. de donation.* Huc facit, quòd non dicatur posse, qui non potest solus, *Angel. consil.61. in fin. vers. nec obstat, &c.* Idque

late declarat Dominicus Cardinal. Tusch. *tom.6. conclus. præct. lit. P. concl.460. num.17. §. seqq.* Merito ergo etiam non nisi improprie posse dicitur, qui tantum potest altero volente ac consentiente; sicut, post alios, noviter quoque sentit Hunnius *d. lib.3. variar. resolut. tractat.2. q.10. pag.836.* Quartò putat Dn. Collega Bocerius, ad princ. d. tit. *120 infr. quib. mod. tollit. obligat. num.82. §. seq. pagin.538.* me sine ratione negare: proprie dici liberum, quòd non ex unius, sed alterius etiam arbitrio dependet. Verum facile obtinebo apud omnes Jurisconsultos: non nisi improprie dici liberum, quòd ab alterius voluntate dependet. Id vel ex unico illo Imp. Diocletiani & Maximiani rescripto patebit, quòd est in *l. sicut.3. C. de obligationib. §. actionib.* ubi negatur, esse liberum, quòd non nisi consentiente adversario fieri potest. Et quid ni? Nam ipsum verbum *liberè* idem importat, quòd importat, sine contractione, & è converso. *Alexand. consil.214. n.2. §. seq. vers. pro hoc etiam facit. lib.6.* Et lex concedens alicui aliquid faciendum liberè, intelligitur sine requisitione alterius. *Curt. Junior consil.2. num.3. lib.1.* Verbum namque liberè, excludit omne onus. *Socin. consil.43. num.13. lib.4.* plenamque & omnem libertatem importat: ita, ut cesset omne impedimentum, & non requiratur consensus ejus, cujus aliàs deberet requiri. *Ruin. consil.219. num.3. lib.1. Roland. à Valle consil.42. num.19. lib.1.* Hæcque in tantum procedunt, quòd impropriaretur verbum liberè, si non importaret libertatem absolutam. *Joan. de Anan. consil.62. n.2.* In quam rem plura adducit Dominicus Card. Tusch. *præct. conclus. tom.5. lit. L. conclus.335.* Quæ cum ita unanimi consensu à Doctoribus nostris tradantur: quis non miretur, solum Bocerium audere tam absonam & à verborum proprietate abhorrentem interpretationem asferre dictorum textuum in *l. stipulatio ista.38. §. inter16. ff. de verb. oblig. §. l. quod certa.70. ff. de solutionib.* Quasi verò, dum ibi dicunt Jurisconsulti, in obligationibus in diem totum tempus medium promissori ad solvendum relinqui liberum: quasi, inquam, horum verborum nullus alius sit sensus, quàm quòd medium illud tempus à creditoris petitione liberum sit. Cur ergo addunt Jurisconsulti in *ad. legib.* quòd in diem debetur, vel statim solvi posse? Debitori igitur medium illud tempus ita liberum relinquitur, ut vel statim solvere possit, & quidem etiam invito creditori. Alioquin quæ hæc esset libertas, quæ ab alterius dependeret voluntate? Aut quis unquam de eo dubi-

dubitasset, quin debitor volenti creditori ante diem solvere posset?

123 Tandem Dn. Collega Bocerius in d. princip. infr. quib. mod. tollit. obligat. num. 92. pag. 540. non recte accipit verba mea, quibus dixi supra n. 108. prædictæ sententiæ suffragari quoque jus vetus provinciale Württembergicum. Neque enim præcisè argumentor à jure Württembergico ad jus commune: cum sciam, hæc jura à se invicem interdum discrepare. Veruntamen cum in plerisque conveniant: utique verisimile est, quod in proposito quoque consentiant: proindeque sicuti jure Württembergico; ita & jure communi creditori etiam invito ante diem solvi queat. Nam contrarium jure communi dispositum esse: nullo solido satisque firmo fundamento ostendi potest. Ad reliqua, quæ contra fundamenta nostra, supra n. 102. & seqq. adducta, adferri solent, tum à D. Bocero, tum Borcholtens prædictis locis, solidè respondit Valentinus Riemer. d. decad. 11. quæst. 9.

124 Non omittenda hoc loco & illa quæstio est: si mutuum mihi pecuniam purè promittas, & eandem jussu meo sub conditione promittas alteri, an ego, pendente conditione pecuniam illam à te petere possim? Et negativè respondit Javolenus Jurisconsultus in l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit. Cui non contradicit Paulus in l. purè. 5. in princip. ff. de doli mali, & met. exc. ex qua apparet; heredem, pendente conditione pecuniam, quæ defuncto purè debebatur, & quam defunctus tibi sub conditione legavit, petere posse: dummodò legati nomine caveat, se illud præstiturum, si condi-

125 tio extiterit. Dicendum enim est: Javolenum disertè loqui de stipulatione conditionali: Paulum verò de legato conditionali: inter quæ magnam esse differentiam in propatulo est. Siquidem stipulatorem conditionalem, pendente conditione, creditorem esse placet: legatarium conditionalem, non item. l. is, cui sub condit. 42. in princ. ff. de oblig. & act. l. condit. cred. 54. ff. de verb. signif. Quæ de causa Javolenus in d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. cred. respondit; me, pendente adhuc conditione, sub quâ Attius pecunia promissa est, pecuniam petere non posse: quia videlicet Attius jam creditor est, eique pecunia jam debetur. At in d. l. purè. 5. in princ. ff. de doli mali, & met. except. heres, pendente conditione sub quâ pecunia est legata, decem rectè petit: quoniam legatarius creditor nondum est, illique pecunia nondum debetur: sed legatarius, primum incipit esse creditor, eique pecunia

126 primum incipit deberi, ubi conditio existit. Ratio autem, cur stipulator conditionalis, etiam pendente conditione, creditor sit, hæc redditur: quia stipulatio vires ex præsentia accipit. l. usus fructus. 26. ff. de stipulat. servor. hoc est, in stipulatione spectatur tempus, quo contrahitur. l. si filius familias. 78. in princ. ff. de verb. oblig. l. non omne. 144. in fin. ff. de R. l. atque ideo existente conditione, stipulatio perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio est interposita, purè sineque conditione facta esset. l. potior. 11. §. 1. ff. qui potior. in pignor. habeant. Atqui si purè contracta fuisset stipulatio: stipulatorem statim ex illo tempore fuisse creditorem, non ambigitur. E contrario legatum vires accipit ex futuro conditionis eventu: hoc est, in legato spectatur tempus, quo conditio existit: proindeque existente conditione, legatum perinde habetur, ac si tunc primum purè relictum esset. Ex quo consequitur: pendente conditione, legatarium conditionalem non posse esse creditorem; ut id planius paulò declarat Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de rebus credit. cap. 6. num. 6. & subsequentibus. item Philippus Matthæus ad d. l. pecuniam. 36. ff. de reb. credit. hosque laudans D. Besoldus in tract. de mutuo. cap. 7. num. 14. & seq.

127 Actio, ex mutui contractu quæ nascitur, vocatur certi conditio, hoc principio nostro, in fine. Appellatur quoque mutui actio. l. neq. mutui. 5. Cod. quib. non obijcitur longi tempor. præscript. item actio, si certum petatur. l. 1. in princ. ff. de condit. triticar. & actio pecuniæ creditæ. l. penultim. in fin. ff. de institor. act. d. l. rescriptum. 12. §. 1. ff. de distract. pignorib. Cæterum, de hac certi

128 conditione valde digladiantur & rixantur Doctores. Eam enim plerique duplicem faciunt: alteram specialem, quæ ex solo mutui contractu, sive obligatione emergat: alteram generalem, quæ ex quibuslibet aliis contracti-

bus, ex quibus certum petitur, descendat, eorumque actiones in sese contineat. Accursius & Bartol. in rubric. & in l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. Speculator. in tit. de obligat. & solut. §. sequitur, & c. Fulgos. Salicet. & Bald. ad Rubr. Cod. si cert. pet. ibiq. Cujacius in suis paratitl. & Schneidevvin. hic num. 31. & idem ad §. sequens illa. 16. num. 7. ibiq. Vultejus num. 13. infra de actionibus. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 90. vers. nec illa est prætermittenda, & c. Harsolte, part. 3. act. 1. Vaconius à Vacuna. lib. 3. declarat. 47. n. 11. Schickard. Disput. 12. ad Instit. thes. 3. ad lit. e. & in resolut. q. 10. Alii vero numero non pauci contendunt: unicam tantum, eamque generalem esse certi conditionem, ex omni causa, omnivè contractu seu obligatione, in quâ certum peti potest, adeoque mutui etiam, ex quâ semper certum debetur, competentem. Zasius, lajon, & Donellus in d. l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. Oldendorp. class. 4. action. 17. num. 8. pag. 626. & action. 28. pag. 746. Mynsinger. hic num. 19. ad fin. & in d. §. sequens. 16. num. 8. & seqq. infr. de actionibus. Heigius hic num. 36. Rittershusius pag. 407. Nonius. n. 42. & seqq. Gæddens in Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 2. num. 9. cum seqq. Phil. Matth. ad rubr. d. tit. ff. de reb. credit. & c. Gilkenius ad rubric. C. si cert. pet. n. 7. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 1. quæst. 20. pag. 890. cum seq. & in resolut. ad Trentler. disp. 18. th. 10. lit. A. quæst. 40. pag. 1260. & seq. volum. 1. Duaren. ad tit. Cod. si cert. petat. cap. 6. Kuzelius in exegef. de obligat. mut. cap. 7. num. 26. & seqq. D. Bocer. hic num. 155. cum seq. & class. 2. Disp. 7. thes. ult. lit. d. edit. 2. Trentler. Disput. 20. thes. 10. volum. 1. Richter. d. disput. 2. th. 10. sub lit. a. pag. 49. & Ant. Matth. Disp. 9. Pandect. th. 8. Etiam autem inter utram- 129 que opinionem parum interest in effectu, ut monet Bachovius in tract. de actionib. disp. 4. th. 10. lit. a. pag. 130. cum seq. & ad Trentler. d. disput. 20. th. 10. lit. A. eumq. laudans Dn. Collega Besoldus d. tract. de mutuo. c. 23. num. 1. atque adeò isthæc controversia (cum hodie actionis nomen in libello exprimi non soleat: sed factum ipsum narretur; sicque actio in id, quod factum est, concipitur. c. dilecti. 6. ibiq. gloss. & Panormitan. ext. de judic. Vmminus Disput. 6. de process. judic. thes. 11. num. 51. & hac de re fusius differuimus in tract. de process. judic. Decad. 5. conclus. 2. num. 5. & conclus. 3. n. 6.) de lanâ caprinâ esse; ac proinde ejus decisio nullam, vel certè modicam utilitatem adferre videtur; ut, post Alciatum & Viglium, refert Philippus Matth. ad d. Rubric. ff. de reb. credit. in fine, & Schneidevvinus locis præallegatis: quia tamen in Scholis, in quibus nos versamur, illa haud rarò ventilari & examinari consuevit: nos quoque exemplo aliorum quorundam Interpretum, eandem sub incudem (quod ajunt) revocabimus; eorumque sententiam, qui unicam duntaxat ac generalem certi conditionem statuunt, tanquam veriore, rationibus non levibus suffulti, defendemus. Nam præterquam, quod in universo jure (sine cujusau- 130 ctoritatem nihil affirmandum, l. illam merito. 19. vers. superstitibus quidem. Cod. de collationibus. Novell. 18. cap. 5.) non duarum vel plurium, sed unius semper conditionis certi sit mentio, & semper numero singulari, non plurali: id etiam evidentissimè relucet ex d. l. certi. 9. in princ. ff. de reb. credit. ubi cum Ulpianus dicat, ex omni causa, & omni contractu, quo certum petitur, certi conditionem competere: satis perspicuè arguit, eam quoque dari ex mutuo. Qui enim dicit omne: nihil ex- 131 cludere censetur, argument. l. metum. 9. §. 1. ff. quod met. caus. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem actionib. & l. Iuliano. 68. in princip. ff. de legat. 3. Quinimò hanc ipsam certi conditionem, quam in principio dicta l. 9. ff. de reb. credit. generaliter ex quavis obligatione competere dixerat Ulpianus, idque in §. 1. 2. & 3. exemplis quibusdam declaraverat; ad mutuum etiam idem Juriscons. disertè accommodat. §. 4. §. 8. & 9. ejusdem legis. 9. ut sic specialis certi conditio, si quæ esset, nullum prorsus effectum haberet. Præterea idem Ulpianus in l. si quis certum. 24. ff. eod. t. hanc conditionem certi, quæ datur ex obligatione mutui, ex verborum etiam obligatione, si ex ea certum petatur, nasci manifestè respondet: quod rur- 132 sus unitatem istius actionis luculenter ostendit. Sed & nunquam

nunquam genus in speciem transit, retento generis nomine: nisi appareat de ejus generis specie, aliquid amplius, quam in genere est, assumente; sicuti docet Gæddens d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. II. conclus. 2.

133 num. 13. Denique diversitas & identitas actionum ex medio concludendi, siue causa petendi, cognoscitur, arg. l. non debet. l. i. in fin. ibi, ut bona fidei. ff. de dol. mal. & c. l. l. terar. ubi Ant. de Butr. ext. de dilationib. Atqui unum idemque medium concludendi est in quavis certi conditione, nempe quia certum. Ergo una quoque, nec diversa certi conditio dici aut existimari potest. Neque est, quod quis regerat, expressionem mutui, per certi conditionem petiti, peculiarem actionis qualitatem inducere, siquidem rem potius expressio ista demonstret, & quid in judicio petatur, manifestum faciat. Et sane si causa, ex qua, & ob quam certum dari fieri petitur, specialem quandam certi conditionem argueret: non profecto una specialis certi conditio, & quidem tantum ex mutuo foret, ut dissentientes volunt: sed tot essent conditiones speciales, quot sunt debendi diversæ causæ, ex quibus certi conditio competit; videlicet ex stipulatione, ex indebito, ex commodato, pignore, deposito, & c. l. si quis. 4. §. penult. & ult. d. l. certi. 9. in princ. & §. 1. 2. 3. 4. 5. d. l. si quis certum. 24. ff. de reb. cred. initio tit. infr. de verb. obligat. §. appellamus. 15. infr. de actionib. l. actionum. 25. ff. de obligat. & act.

134 Assertionem nostram, prædictis rationibus munitam, non infringit Justinianus, dum in fine hujus principii ait: ex contractu mutui nasci actionem, quæ certi conditio vocatur: adeoque innuere videtur, conditionem certi, ex obligatione mutui orientem, non esse generalem, siue talem, qualis descendit ex aliis obligationibus: sed potius esse specialem, & propriam soli mutuo convenientem. Nam ex isto Justiniani pronuntio minimè consequitur: unam certi conditionem esse specialem, soli mutuo accommodatam; alteram generalem, ex quovis alio contractu paratam. Hoc enim si inde colligeretur: pari ratione per principium tit. infr. de verb. obligat. illud efficere liceret: ex stipulatione specialem certi conditionem nasci. Ita siquidem illic Justinianus loquitur: Ex qua due proficiuntur actiones, tam conditio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit. Ast hanc collectionem cum nec ipsimet Interpretes, contrarium sentientes, admittant, d. l. si quis certum. 24. ff. de reb. credit. utique nec priorem ex hoc, in quo explicando adhuc immoramur, principio desumptam, nobis invitis obtrudere poterunt. Gædd. d. c. 11. num. 16. Knipschildt d. exercit. Acad. 2. quest. 28. pag. 87.

135 Similiter non infirmat opinionem nostram textus in l. 1. in princ. ff. de condit. triticiar. ubi cum ipse Ulpianus conditionem, si certum petatur, à generali conditione triticiaria secernat; consequens esse putatur, conditionem certi aliam esse specialem, ex sola mutui obligatione ortam; & aliam generalem, ex omni alio contractu, & ob rem omnem aliam competentem. Hæc namq; consequentia ex antecedente neutiquam elicitur: quandoquidem in ista l. 1. haud opponitur una certi conditio alteri certi conditioni; ac si illa sit specialis, hæc generalis: sed certi conditioni opponitur conditio incerti, quæ triticiaria appellatur: idque ex verbis textus satis clarescit, dum in eo conditio, si certum petetur, dicitur competere petenti pecuniam certam: conditio verò triticiaria tribuitur ei, qui alias res petit. Kitzel. d. c. 7. de oblig. mutui. n. 33. & seq. Adde D. Besoldum. d. tract. de mut. cap. 13. num. 2. ubi istam leg. 1. explicat paulo fusiùs.

136 Nihil quoque nostræ conclusioni officit: quod effectum suæ causæ commensurari, siue respondere; ac propterea mutuum ceu contractum specialem, non nisi conditionem specialem parere oporteat. Etenim illud ad potentiam causæ, & effectus refertur, non ad causæ & effecti adjuncta vel subjecta, quæ se aliter atque aliter habere possunt. Hanc autem, ut obligationis, ita conditionis certi & incerti differentiam ex subjecto esse palam est. Sed & hoc negari vix, ac ne vix quidem poterit: regulam illam, qua effectus causæ respondere, atque hinc contractus singularis actionem singularem seu specialem producere dicitur, usquequaque

ac perpetuo veram non esse: cujus argumentum vel bonorum possessio luculentum præbere potest: quæ licet ex jure Prætorio suam ducat originem; nihilominus tamen transmissionem ex jure civili descendantem operatur; sicut probat Phil. Matthæus ad d. Rubr. ff. de reb. cred. ad fin. arg. l. illud notandum. 4. §. ult. ff. de bonor. possess. contra tabul.

Nihil item obstat, quod eodem modo contrahatur mutuum, quo indebitum, ut patet ex hoc initio & §. 1. hujus tit. Indebitum verò propriam & peculiarem actionem habeat, nempe conditionem indebiti. d. §. 1. hoc tit. ff. de condit. indebit. Proindeque mutuum quoque propriam actionem, videlicet certi conditionem specialem habere debeat. Nihil, inquam, illud obstat. Si enim indebitum certum est, eadem competit conditio, quæ ex mutuo, ex numerata pecunia, & ex omnia alia certi causa: si incertum, conditioni incerti æque generali locus est: eaque conditio, quæ ex indebito est, tantum denominationem à causa, ex qua datur, assumit: & præter communem formam nihil habet amplius. Sicut ergo numero una eademque hæc est, cum qualibet aliâ certi conditione: ita etiam illa, quæ ex mutuo datur. Adde, quod indebitum propriè non est mutuum: imò vix instar mutui. d. §. 1. hoc tit. Ideoque à separatis petenda consequentia non erit. l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83 §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. Gædd. d. cap. II. de contrah. & committ. stipulat. n. 18. & seq.

Denique nihil decerpit conclusioni nostræ, quod provisio generalis non excludat specialem. l. sanctio legum. 41. ff. de pænis. ac propterea nec generalis conditio certi, ex mutui contractu competens, excludat specialem certi conditionem. Etenim si prius certò constaret, aliquam esse specialem certi conditionem: non sanè generalis excluderet specialem. Atqui incertum adhuc est & dubium, an sit aliqua conditio certi specialis, necne: & dum hoc a dissentientibus, tanquam certum, præsupponitur; manifestè principium petitur: uti docet D. Hunnius d. lib. 3. tract. 3. part. 1. quest. 20. in fine. & d. resol. ad Trentler. Disp. 18. vol. 1. qu. 40. p. 1262. vers. ad quintum respons. & c.

Porro certi conditione siue mutui actione mutuarius conventus, rem creditam in eodem genere, eademque bonitate & qualitate, quamvis id nominatim cautum non sit, mutuanti restituere cogitur, in princip. nostro. l. 2. in princip. & §. 1. & l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. l. 1. §. 2. ff. de obligat. & actionib. l. eum, à quo. 16. C. de solut. & liberat. Fürstl. Würtemb. Erneuert Landrecht. part. 2. tit. 1. pag. 236. §. Und. zwar soll 2c. Unde non licet debitori rem deteriore, quæ ex eodem genere sit, creditori reddere: veluti vinum novum nondum defæcatum pro vetere vino. d. l. 3. ff. de reb. credit. Si igitur non licet reddere aliquid deterius: quæri haud ineptè solet: an liceat invito creditori reddere melius, quam id, quod datum est, puta vinum vetus, pro novo nondum defæcato? Et quamvis, post Ioannem, antiquum glossatorem, negativam amplecti videatur D. Vultejus hic num. 18. affirmativam tamen sententiam, quæ communis perhibetur, non sine ratione defendit Joannes Corasius lib. 3. miscell. jur. civ. c. 12. num. 6 eumque referens Dn. Collega Bocerus hic num. 39. pag. 162. Etenim quod melius est, id quoque sine controversia bonum est. l. ubi autem non app. ret. 75. §. usq; adeo. 2. ff. de verbor. obligat. & res, quæ pluris est, utique & tanti est. l. cum furti. 9. ff. de in lit. jurand. & liberatur debitor rem præstando meliorem, arg. l. penult. ff. si ex noxali caus. agat. Neque obstat, quod aliud pro alio invito creditori solvi nequeat. d. l. 2. ff. de reb. credit. Nam qui solvit, quod melius est, in genere eodem, non solvit aliud pro alio: cum ei, quod melius est, bonum insit: ut minor numerus majori inesse dicitur. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verbor. obligat. Et licet deterius videatur, quod invito creditori solvitur, quamvis melius sit: attamen illa unus & solius creditoris opinio veritati cedere debet, arg. §. si quis rem suam. 11. supra de legat. Eodem non parum confert textus in §. si quis agens. 33. circa finem. ubi, quin etiam licet vilissimum sit, & c. infr. de actionib. ubi traditur, quod promissori sæpè facilius sit solvere, quod est precii majoris, quam quod est minoris precii. Cum igitur jura debitoribus sint favorabilia in dissolvendâ obligatione.

l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & action. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. permittendum certè erit debitori, ut solvere etiam possit, quod melius est eo, quod debetur: dummodo sit ejusdem, non diversi generis. Sitamen creditoris affectio probabilis, & utilitas major spectetur in novo, quàm veteri vino: compelli non poterit accipere vetus vinum pro novo: ut si fortè mercator sit creditor, & vinum novum in aliam provinciam vendendi causa exportare velit: cum utiliùs transducatur novum, quàm vetus vinum: siquidem vetus corrumpatur faciliùs, & novum duret longiùs: uti, post *Corasium d. lib. 3. miscell. cap. 12.*

145 *n. 7. explicat D. Bocer hic num. 144.* Enimverò conventionem sive pacto effici posse, ut pro mutuo vino veteri, proximâ vindemiâ vinum novum, putà mustum reddatur, plerique tradiderunt, *Christophorus Castilioneus, huncq; citans Iason. in repetit. dicta l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. n. 21. Bartol. Castrensis. Decius & Alciatus ibidem n. 4. Federicus Scotus Comes in d. l. 2. §. 1. n. 198. ff. eod. hosq; laudans Fachinans lib. 2. controvers. jur. c. 69. D. Bocer. hic num. 145. pag. 163. & Dn. Besold. in tract. de mutuo. cap. 8. n. 1. 2. & 3.*

146 Sed & magna Doctorum pugna est ac dissensio: num totum, quod mutuo datum est, reddi debeat: an verò debitor partem debiti, etiam invito creditori, solvere queat? Et quòd invito creditori debitor per partes solvere debitum possit, opinantur *Fulgosius n. 4. Decius n. 6. & Alciatus n. 8. in l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. Corasius in l. 2. §. 1. num. 1. ff. de verbor. oblig. Molineus in tract. de dividuis & individ. n. 13. & 47. part. 2. & Hunnius Disp. 14. ad Instit. thes. 13. item lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 3. part. 1. quest. 11. pag. 874. & seqq. itemq; iisdem penè verbis in resol. Disput. Trentler. 18. th. 11. lit. d. quest. 42. vol. 1. pag. 1264. nec non Disp. 29. th. 2. lit. b. vol. 2.* At contraria sententia, quòd nimirum creditor regulariter debiti partem accipere haud compellatur, non solum juris veritati magis est consentanea: sed & frequentioribus Interpretum præclarissimorum suffragiis recepta. Eam siquidem tenent & sequuntur *Bartol. Iason, Emanuel à Costa. Petrus Costalius, Zasius, Philipp. Matthæus & Donellus in d. l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. Petrus à Duennas regula jur. 158. incip. cred. part. p. 112. Duarenus in d. l. 2. §. 1. circa fin. ff. de verb. oblig. Wesenb. in parat. ff. de solut. n. 5. Petrus de Bella Pertica in suis quest. & decis. aureis. q. 39. Hotoman. illustr. quest. 22. Gomezius tom. 2. var. resol. c. 10. rubr. de individuis. n. 5. ibidemq; Eman. Soarez. lit. d. Barnab. Brissonius de solut. n. 32. pag. 146. Negusantius in tract. de pignoris. 2. parte tertii membri quinta partis principal. n. 17. pag. 460. Gail. lib. 2. observ. 19. n. 7. Bronchorst. cent. 1. évavtio pavv, assert. 63. edit. 1. Gæddens ad l. minus. 32. n. 9. ff. de verb. signif. & in Comment. de contrah. & commit. stipulat. cap. 6. num. 265. & cap. 12. num. 3. Sarmient. lib. 6. selectar. interpret. cap. 16. Zanger. in tr. de except. part. 3. cap. 2. num. 3. & 4. Vultejus. lib. 1. Iurispr. Rom. cap. 53. num. 81. Fachin. lib. 10. controvers. jur. cap. 59. Tiraquell. de retract. convent. §. 4. gl. 4. n. 1. pag. 432. Iohannes de Amicis consil. 55. incip. in causa executionis. num. 18. pag. 45. Alexand. Tartagnus Imolens. consil. 88. incip. visis ac diligenter. num. 18. pag. 61. lib. 6. Trentler. Disput. 20. thes. 11. ad lit. a. vol. 1. ibique Bachov. in suis not. p. 770. & idem fusiùs in not. & animadvers. ad eundem Trentler. vol. 2. disput. 29. th. 2. lit. B. pag. 991. cum seqq. Herman. Gæhausen in suâ necessar. informat. disputat. ultim. pag. 292. Riemer. decad. 11. quest. illustr. 8. Hackelman. illustr. disputat. 9. thes. 9. lit. C. Forster. lib. 3. disputat. 19. thes. 6. Pacius centur. 3. évavtio pavv. quest. 71. Borcholt. in Commentar. ad t. ff. de reb. cred. cap. 7. num. 22. & in tractat. de verbor. obligat. cap. 2. num. 12. & seqq. item part. 1. Disp. 3. de reb. cred. proposit. 12. pag. 221. Arumans exercitat. Iustin. 16. thes. 2. & in tractat. de mora c. 7. num. 8. Alemannus consil. 8. de jure moneta. quest. princip. 12. pag. 861. Petr. Aug. Morla part. 1. empor. jur. tit. 8. quest. 8. Paulus Berens Disputat. 12. them. 3. quest. 8. & novè Schickardus Disputat. ad Instit. 12. thes. 3. lit. c. & in resol. quest. 9.*

147 Eaque primò evidenter probatur per *l. tutor. 41. §. Lucius Titius. 1. ff. de usur.* ubi Modestinus consultus, an Lucius Titius, cum centum & usuris aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam, quàm debebat, obsignando, ab illius,

quam obsignavit, pecuniæ usuris liberetur: negativè hunc in modum respondit: *si non hac lege (id est, pacto) mutua pecunia data est, ut liceret & particulatim, quod acceptum est, exsolvere, non retardari totius debiti usurarum præstationem; si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit.* Quo sanè responso clarissimè demonstratur: debitorem totum, quod mutuo accepit, solvere teneri: nec creditorem invitum, ut partem accipiat, cogi posse. Et quanquam contra hoc fundamentum dicti *§. Lucius.* contrariæ sententiæ Auctores excipiunt, respondentque: in eo agi de usurâ, quæ pœnæ similis est: pœnam autem facere stipulationem individuum. *l. stipulationum. 5. §. si sortem. 4. ff. de verb. obligat.* ac propterea partis solutionem non admitti: tamen non ineptè replicatur, responsionem isthanc satis frigidam videri, hac ratione: quòd si debitor solutione partis liberaretur invito creditore, usuræ totius summæ non deberentur. Et quòd de comparatione sive similitudine pœnæ ac usuræ adferatur; vanum est: quia quod attinet *ad d. l. 5. §. si sortem.* ratio illius non in eo consistit, quòd de pœnâ agatur; sed in eo, quòd aliter fieri non possit sine injuriâ stipulatoris: *ut in calce ejusdem §. disertè subjicitur. Fachin. d. lib. 10. cap. 59. in fine.*

Secundò à nostra assertionem non est alienus Ulpianus *149 in l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt.* dum ait, offerendum esse precium ab emptore, cum ex empto agitur: & ideo precii parte oblata, actioni ex empto necdum esse locum: quippe quòd venditor, ad integram usque solutionem, rem venditam, quasi pignus retinere possit. Duplici hîc, eoque fortissimo utitur JC. argumento: priore à causa ad effectum; posteriore verò à pignore ad rem venditam ducto; ostendens, totalem precii oblationem progignere actionem ex empto; ac proinde illâ sublatâ, ipsam quoque actionem tolli. Posterius à pignore, tanquam à simili sumptum, priori multum addit roboris. Siquidem actio pigneratitia non antè sortitur locum, quàm omnis pecunia debita soluta, aut eo nomine satisfactum est. *l. si rem. 9. §. omnis. 3. & §. ult. l. quòd si 10. l. solutum. 11. in princ. l. eleganter. 24. §. 1. & l. si pecuniam. 33. ff. de pignorat. act. l. qui pignori. 19. ff. de pignoris. & l. 1. C. de luitione pignoris.*

Tertiò istam Ulpiani sententiam disertè confirmat Paulus *151 in l. cum fundus. 31. circa finem. ff. de reb. credit.* in hæc scribens verba: *Sed adjicere debuit Iulianus, non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quàm si ei precium solidum, & quacunque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret.*

Quartò dilucidius idem Paulus probationem suam *ex 152 planat, sicque nostram traditionem corroborat ex l. si servus. 57. in pr. ff. de adilic. edict.* quando respondet; dominum ex contractu servi redhibitoriâ vel ex empto actione non aliter quidquam à venditore consecuturum esse, quàm si totum precium solverit, & omnia, quæ hisce actionibus continentur, præstiterit.

Quintò accedunt textus perspicui *in l. si pater. 8. in fin. 153 C. de action. empt. & in l. obsignatione totius. 9. C. de solution. & liber.* in quorum altero Imperatores Diocletianus & Maximianus aliquantò obscuriùs; in altero expressissimè decidunt: creditori invito particulatim non esse solvendum.

Sextò huc facit non parùm, quòd jure cautum est: quòd *154 sortem sine usuris quis recipere non obstringatur. l. usuras. 2. l. acceptam. 19. ibiq; gloss. super verb. cum usuris. C. de usur. l. 2. ibi si universum tam sortis, quàm usurarum offerat debitum. C. debitorem venditionem pignoris impedire non poss. nec depositio sortis, usuris detractis vel reservatis, teneat. dict. l. 2. vers. eoq; non accipiente, & c. Alex. Tart. Imol. consil. 75. incip. in caus. n. 8. vers. non deposuit omnes accessiones, & c. p. 44. lib. 7. quòd item solvendo esse nemo intelligatur, nisi qui solidum solvere potest, l. solvendo. 114. ff. de verb. signif. & deniq; tum demum solutio ritè facta dicatur, quando universum, quòd debetur, opportuno loco & tempore solutum est. l. si soluturus. 39. & l. solidum. 85. ff. de solutionibus.*

Septimò natura obligationis postulat: ut, quo modo *155 quid contractum est, eodem etiam modo dissolvatur. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Sic autem omnis obligatio

obligatio ab initio contrahitur : ut , quod inde debetur semel , totum deberi incipiat : ac propterea totum quoque debeat solvi , si creditor exigat . Totum verò non solvit tam is , qui nihil solvit , quam qui partem , *arg. §. si minus. 34. infr. de actionib.* Et quoties debitor , quod debet , offert aliter seu in alia formâ , quam debet ; non est cogendus creditor accipere , si ex eâ re aliquid damni sit pallurus : ut disertè Paulus respondit in *l. cred. 99. ff. de solut.* Sed & natura conventionis est : ut totum , quod debetur , solvatur : & minor solutio , invitum creditorem non ligat magis , quam nulla solutio , *arg. l. sed mihi. 3. §. 1. ff. commod. l. lul. 9. §. sed si quis. 3. ff. ad exhib. l. his conseq. 18. §. Celsus. 4. ff. fam. ercisc. l. per hoc 4. §. hoc jud. 2. ff. communi divid. l. illud quoque 7. §. si cuius. 2. ff. de tributor. act.*

157 Octavò & ultimò pro hac conclusione etiam hæc militat ratio : quòd æquitas non patiatur , ut quis alterius factò gravetur ; aut alteri per alterum iniqua conditio inferatur , *l. non debet. 74. §. l. factum cuius suum. 155. ff. de*

158 *reg. jur.* At creditor , si invitus debiti partem acceptare teneretur , per debitorem gravaretur ; eique iniqua conditio inferretur : eò quòd particularis solutio non minima sæpe incommoda habeat . *l. planè. 3. vers. quia sæpe ff. famil. ercisc. l. cum hi, quibus. 8. §. in causa. 9. ibi, & minut. singulos convenire difficile. ff. de transactionib. l. solent. 3. in princ. ibi, minutatim alim. ff. de alim. vel cib. leg.*

159 Huic verissimæ conclusioni primùm non obstat *l. quidam existimav. 21. ff. de reb. credit.* ubi Julianus J.C. quibusdam existimantibus , neque eum , qui decem peteret , cogendum quinque accipere ; neque eum , qui fundum suum diceret , partem duntaxat iudicio persequi , contradicit motus summâ æquitatis ratione : quòd nimirum prætor , posteaquam ad officium ejus pertinet , lites diminuere , humaniùs sit facturum , si actorem ad accipiendum id , quod offertur , compulerit . Etenim Juliani in *d. l. 21.* sententia hæc est : Quemadmodum cum debitor fatetur , se debere totum , & paratum dicit solvere , in eum actio non datur ; de quo inter omnes convenit . *l. si debitori 21. ff. de judic. l. si debitor 20. ff. de solution. ita & si partem tantum offerat , quamvis alteram se debere neget , & de eâ litigare paratus sit ; nihilominus & in eum de eo , quod offertur , denegandam esse actionem ; de quo dissertur in d. l. quidam. 21. ff. de reb. cred.* Siquidem hîc locum habet , quod alibi traditur , in confitentem nullas esse partes judicantis . *l. proinde. 25. in fine. ff. ad leg. Aquil.* Quâ ratione

160 fit ; ut creditor , cui pars tantum offertur , compellatur ad accipiendum , quod offertur : partem verò non oblatam , eandemque negatam iudicio petere queat . Nam veluti de parte negatâ controversia est , & de re controversa iudicium consistit : sic è contrario de eâ parte iudicium non consistit , de qua confessione Rei ita constat , ut de illa nulla controversia esse possit : cum reus pro iudicato sit , & frustra adversus eum , qui in jure confessus est , actio petatur , utpote prætor illam in rem actionem denegante ; etiam si maxime istam partem reus non offerat . Unde firmiter colligitur : nullas in confitentem , sive de parte , sive de toto in jure fateatur , partes esse judicantis : itaque nec de eo , de quo confitetur , iudicium in eum reddi posse , sed perinde habendum , ac si iudicatus esset : eamque ob cau-

161 sam Prætorem , cum ad officium ejus pertineat , lites bono & humano more minuere , humaniùs facturum : si , posthabitâ disputationis subtilitate , quæ aliud exigere videtur , creditorem partem oblatam , quamque debitor se debere in jure confessus est , accipere compulerit : ut id plenius declarat Donellus add. *l. quidam existimaverunt. 21. ff. de reb. credit. n. 12. & seq.* Cui non ineptè congruit communis illa Interpretum distinctio , quam asserunt de debiti parte liquidâ , & per confessionem certâ , & illiquidâ vel negatâ , asserentes : respectu partis liquidæ particularem solutionem esse admittendam : secus , si totum debitum sit liquidum , *gloss. in verb. ad accipiendum. Bartol. Alberic. de Rosat. Iason, Zasius, Costalius, & alii ad d. l. quidam. 21. ff. d. tit. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 10. n. 5. vers. quod est verum, & procedit, &c. p. 298.* Eodem pertinet planè simile eiusdem Juliani responsum in *l. permittendum. 8. ff. si pars heredit. petat.* Quandoquidem eum quoque , qui hereditatem petit , vult , partem hereditatis sibi à possessore cessam accipere , & de alterâ cum ipso litigare : eò quòd

possessor istam partem petenti neget : ut sic *lex illa 8. æquè, atque prædicta lex 21. ff. de reb. credit.* evidenter arguat : creditorem ita demum cogendum debiti partem accipere , si illud totum liquidum non sit ; sed partem solummodo à se deberi , debitor contendat : Philipp. Matth. ad dict. *l. 21. ff. eod. pag. 177.*

Deinde non obstat assertioni nostræ *l. cum heres. 4. §. 162 item si, decem. 6. ff. de statu liberis.* ubi Paulus statuit ; heredem decem , quos statuliber ei dare iussus erat , per partes accipere cogendum esse . Nam non generaliter ita statuit Paulus : sed causam , favorem nimirum libertatis , propter quem particularis solutio admittenda est , expressè assignat ; non incertus , in favorem libertatis multa specialia recepta , & recipienda esse . *l. libertas omnib. 122. ff. de reg. jur.* Quæ causa quia in aliis minùs favorabilibus casibus non militat ; hujus specialis casus decisio handqua-

quam ad eos est trahenda *l. quod verò. 14. §. ll. seqq. de leg.* Siquidem ratione legis cessante , ipsius quoque legis cessante vigore : n palam est . *l. ult. ff. ad Senatuscons. Silanian.*

Quinimò ex allegato dicta *l. cum heres. 4. §. 6. ff. de statuliber.* textu magis dissentientium opinio labefactatur , quam communitur , argumento à contrario sensu hunc in modum concepto : Heres à statulibero decem per partes , favore libertatis , accipere cogitur : ideoque infallibiliter sequitur , in aliis minùs favorabilibus , invitum creditorem oblatam debiti partem acceptare non compelli .

Argum. namque à contrario sensu legis vel canonis in jure est usitatissimum , ejusque consequentia validissima : nisi absurdus & juri contrarius intellectus ex ea resultet .

l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisd. gloss. & Dd. in l. conv. nticula. 15. C. de episcop. & cleric. Everhard. in Topic. legalib. loc. à contrar. sens. n. 4.

Nec regesserit quispiam , libertatis favorem in quovis debitore versari . *l. Arrianus. 47. ff. de obl. & action. Paulus*

siquidem in dict. *l. cum heres. 4. §. item si decem. 6. ff. de statu liber.* loquitur de ejusmodi libertate , quæ servitutem excludit , nec ullo ære potest estimari . *l. libert. inestim. 106. §. l. non est sing. 176. §. 1. ff. de reg. jur.* ejusmodi libertas plur. differt ab illa liberatione , quam idem Paulus sibi propositam habet in *d. l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & action.*

Præterea non obstat *l. 1. ff. de compensationib.* ibi cum compensatio à Modestino definiatur , debiti & crediti inter se contributio sive collatio , quâ qui convenitur , creditorem suum , eundemque debitorem , petentem , quoad partem , quâ eum sibi obligatum habet , summovet paratus compensare . *l. 2. ff. eod. tit.* indeque nihil aliud esse dicatur , quam solutio & quidem particularis . *l. si debitor. 4. in fine. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant.* firmiter concludendum videtur ; creditorem , debitum universaliter petentem , particulatim accipere cogi posse . Non , inquam , illud obstat .

Quamvis enim compensatio ipso jure debitum minuat : effectum tamen solidum præstat , posteaquam , quod ultro citroque debetur , in eam deducitur .

d. l. 1. 2. 3. & 4. ff. de compensation. Nec ea destituitur suâ ratione : quia partim naturalis , partim civilis æquitas suadet ; ut talis debiti & crediti inter se collatio fiat : quippe interest nostrâ , potius non solvere , quam solum repetere .

d. l. 3. ff. d. tit. imò dolo facit , qui petit , quod restituere tenetur . *c. dolo. 59. de reg. jur. in 6.* publiceque interest , ut lites , ultro citroque contributione factâ , uno iudicio dirimantur , quæ alioqui plura exigenter , *arg. l. 1. ff. de jurejurand. l. item si. 4. §. 1. vers. non tamen. ff. de aisenat. judic. mut. caus. l. si cuius. 13. §. aequissimum. ff. de usufruct. leg. properand. 13. in princ. C. de jud.* Taceo , quòd jus compensationis tacitam vel præsumptam habet creditoris petentis voluntatem : factum verò solutionis , cum solius sit debitoris , eam non habet , docente Gœddæo ad dict. *l. minas. 32. num. 11. ff. de verbor. significat.*

168 Rursus non obstat *l. stip. quadam. 2. §. 1. ff. de verb. obl.* ubi general. & indistinctè dicitur : obligationem pecuniæ dandæ recipere partium præstat . hoc est , debitam pecuniam pro parte posse præstari ; vel , ut alibi scriptum est , id quòd debetur , pro parte rectè solvi , *§. 1. in fin. infr. quib. mod. tol. obl.*

Nam exaudiendum istud est , volente & partium præstation. admittente creditore ; non item creditore invito & nolente . Hæcque interpretatio colligitur tum ex verbis , tum ex mente Pauli Jurisconsulti in dict. *leg. 2. §. 1. ff. de verbo-*

169 *rum.*

(M)

- rum obligat. Ait enim: pecuniæ obligationem seu stipulationem partis præstationem recipere. Atqui præstari pecunia non potest, nisi volenti: quoniam ei demum quid præstitum esse dicitur, cui ad placitum est satisfactum, arg. *l. quid sit fugitivus*. 17. §. ult. ff. de adil. edict. & præstatio non est sine accipiente; ut nec donatio sine accipiente esse solet. *l. hoc jure utimur*. 19. §. 2. ff. de donationib.
- 171 Nemo autem accipere potest, nisi volens. Ita fit, ut in præstationis verbo, vi ipsa etiam voluntas accipientis contineatur. Si mentem Pauli spectemus: res manifestior erit. Paucis etenim verbis interjectis, subiicit: *quedam partis quidem dationem naturam recipiunt; sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit: veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichus pars soluta sit: nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, &c.* Ergo quod prius dixerat, quasdam stipulationes partium præstationem recipere: hoc eo sensu dixerat, ut intelligeremus, eas recipere hanc præstationem effectu, hoc est, ita ut si partes præstitæ sint, pro his partibus stipulationi satisfiat; adeoque debitor in parte obligationis liberetur. *l. stipulatus*. 9. §. 1. ff. de solution. Constat igitur, cum ad effectum referatur, quod Paulus dixit; obligationem pecuniæ dandæ partium præstationem recipere, inde non recte inferri: partium præstationem esse admittendam etiam invito creditore: sed hoc potius, eam non aliter admitti, quam creditore volente: & si admissa sit, debitorem in parte obligationis liberari, & reliquum remanere in obligatione: id quod dilucidius expressit Ulpianus in *d. l. stipulatus*. 9. §. 1. ff. dicto tit. Eadem ferè declaratio occurrit in *d. l. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat.* ubi solutio partis, & acceptilatio partis inter se conferuntur: quod nimirum, sicut quod debetur, pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio recte fieri possit. At dubium non est ullum, quin acceptilatio fieri non possit invito creditore: liquidem ejus natura flagitat, ut fiat creditore volente & consentiente. Constat enim acceptilatio duorum consensu, creditoris & debitoris. *l. an inutilis*. 8. in princ. ff. de acceptilat. *l. si unus*. 27. §. penult. ff. de pact. Idcirco utriusque consensu eam dissolvi necesse est: quandoquidem secundum naturam est, unumquodque dissolvi eo modo, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale*. 35. ff. de reg. jur. Proinde & quod de solutione in *d. l. 1. infr. quibus mod. toll. obligat.* dicitur, id, quod debetur, pro parte recte solvi, eodem modo intelligere debemus, ut recte solvatur, admittente creditore: quia non fit solutio, nisi cum naturaliter pecunia creditori numeratur. *l. solutam*. 49. ff. de solutionib. neque id fit aliter, quam volente eo & accipiente. Donell. ad *l. quidam existimaverunt*. 21. num. 16. ff. de reb. cred. Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3. c. 2. num. 6. & 7.
- 175 Adhuc non obstat, quod cum permissum sit singulis debitoris heredibus, partem debiti hereditarii, in quam successerunt,olvere creditori invito, *l. in executione*. 85. §. 1. ff. de verbor. obligat. *l. si testamento*. 49. §. 1. ff. de fideiussoribus *l. 2. C. de hereditar. actionib. l. 1. C. si cert. petatur.* etiam ipsi debitori principali partem debiti creditori invito offerre &olvere liceat: cum ex persona heredum, conditio obligationis non immutetur. *d. l. 2. §. ex his*. 2. ff. de verbor. obligat. Etenim negatur consequentia: quoniam inter debitorem principalem, & ipsius heredes maxima est ratio differentiae. Principalis debitor, ut fidem suam liberet, totum, ad quod obligatus est, præstare &olvere tenetur: verum heredes plures partem duntaxat hereditariam debent: quia in partem debiti solummodo succedunt: & es alienum defuncti ipso jure & lege
- 176 *xii. tabb.* inter singulos heredes pro portione hereditaria dividitur. *d. l. 2. C. de hered. action. l. pacto successorum*. 26. C. de pactis. Et sanè si heredes omnes conjunctim considerantur: obligatio ex ipsorum persona non immutatur: quia tantundem illi præstare cinguntur, quantum defunctus, cui succedere debuit: etiam si separatim, nec eodem tempore suam quisque quotam præstet. latè Donell. ad *d. l. quidam existimaverunt*. 21. n. 17. ff. de reb. cred.
- 177 Nec obtrudat aliquis; legem 12. tabularum dividentem obligationem inter heredes pro portionibus hereditariis,

esse iniquam, & creditoribus damnosam. *d. l. plane*. 3. ff. famil. ercisc. Non quippe iniqua est: quia cum plures sint heredes, qui in jus defuncti succedunt, necesse est, ut inter eos commoda & onera hereditaria dividantur, ut modo dictum. Non est damnosa: quia creditores actionem contra omnes heredes habent. Quaresi unus partem suam solverit: illis contra alios actio, quâ simul totam debitam quantitatem consequi possunt, remanet. Fachin. d. lib. 10. controversiar. jur. cap. 59. vers. quantum argumentum, &c. Ex quibus omnibus ita expositis facile responderi poterit ad vanas instantias, quas Hunnius in contrarium temerè adduxit, *d. l. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. quest. 11. pag. 874. & aliis in locis.*

Nihil insuper obstat. *l. placuit*. 4. C. de collatione fundorum patrimonial. ubi Valentinianus & Valens Imp. rescripserunt: licere possessoribus fundorum patrimonialium pensionem annuam particulatimolvere; dummodo numerum ternæ illationis non excedant. Si ergo hoc receptum est adversus fiscum: multo magis adversus privatos creditores recipiendum erit. Fisci liquidem causa potior est. *l. 2. ff. de jure fisci*. & publica causa semper vincit privatam. *l. 2. ff. ne quid in loc. public. l. utilitas*. 4. Cod. de principio, *l. unic. §. hac autem omnia*. Cod. de caduc. tollend. Nihil, inquam, obstat. Illud enim nominatim in causa pensionum publicarum, pro fundis patrimonialibus debitarum, constitutum est: proinde in cæteris causis & contractibus diversum jus obtinet. Nam si jus commune omnium debitorum debita, invito creditore, particulatim solvi voluisset: nequidquam id de possessoribus fundorum patrimonialium, in pensionibus publicis solvendis, specialiter cavisset. Cæterum cum illud nusquam generaliter factum reperiatur: istud hac in causa jure singulari constitutum, aut sublevandorum possessorum causâ, qui publicis pensionibus onerantur, aut etiam Reipubl. gratiâ, quo fiscus facilius suum consequatur (cum facilius sit, plures particulas separatim expedire, quam totam summam pensionis debitæ repræsentare) in consequentiam ad omnes alios debitores trahere nefas reputabitur: ideoque in contrarium jus commune merito observabitur. *d. l. quod verò*. 14. cum ll. seqq. ff. de legib. Zanger. d. tractat. de exceptionib. part. 3. cap. 2. num. 13. Philipp. Matthæus ad *d. l. 21. ff. de reb. cred. pag. 174.*

Minimè quoque obstat *l. in commodato*. 17. §. duabus. 4. ff. commodati. Ibi dum perspicuè traditur, creditorem partem debiti ab invito debitore petere posse; eodem etiam modo debitorem partem invito creditoriolvere posse, verisimile videtur; propterea quod favorabiliores sint rei, quam actores. *d. l. Arrianus*. 47. ff. de obligat. & actionib. *l. favorabiliores*. 125. ff. de reg. jur. Respondetur enim: à creditore ad debitorem hac in parte non procedere argumentum: cum dispar sit utriusque ratio. Creditor namque pro voluntate sua partem debiti petere potest: quia in eo de jure suo statuit; nec minus petendo, debitori nocet. At debitor, qui offert partem debiti, & cogere vult creditorem, ut eam accipiat, non statuit de jure suo, sed creditoris; & quidem haud sine damno & injuria creditoris. Plusquam autem certum est: neque debitor, neque alium quemlibet creditoris sui, aut alterius cujusquam conditionem facere posse deteriore. *l. solvendo*. 39. ff. de negot. gestis. Donell. in saepe allegata *l. quidam*. 21. num. 17. ff. de reb. credit. pag. 140.

Deniq; non obstat *l. ult. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit*. 181 ubi dicitur, creditorem partem debiti accipere cogendum esse, salvo jure pignoris. Etenim illic Scævola loquitur de duabus separatis summis sive rebus, quæ ex diversis debentur causis: quasq; debitor separatimolvere non prohibetur. Idq; non injuriâ. Quemadmodum enim obligationes sunt contractæ: sic quoq; dissolvi debent. *d. l. nihil tam nat.* 35. ff. de reg. jur. Atqui ibi eas sigillatim & sejunctim contractas esse, contextus probat. Ergo recte fit, & naturæ conveniens est; ut quod ex singulis causis debetur, separatim solvi permittatur. Gædd. ad *d. l. min.* 32. n. 11. ff. de verbor. signific. Berens d. Disput. 12. them. 3. sub question. 8. pag. 292. Remotis igitur & confutatis adversariorum argumentis, omnique dubitandi ansa prærepta, nihil aliud superesse video, quam ut constanter & firmè, ex veris juris funda-

fundamentis concludam: particularem solutionem regulariter, invito creditore, non esse admittendam. Vide tamen rem istam aliter expedientem Antonium Merendam, l. 1. *controversiar. jur. c. 32. p. 44. & seqq.*

182 Huic controversiæ, modò expeditæ succedit alia: an nimirum pro vino vel frumento mutuato, debitor æstimationem sive pecuniam numeratam invito creditori solvere & obtrudere possit? Et [quidquid in contrarium adferant *Iacobus de Arena & Curtius*, aliique, quos refert *Decius in l. 2. §. 1. ff. de reb. credit.*] negativa sententia

183 non sine evidenti ratione vulgò obtinuit. Tum quia in mutuo debet reddi idem genus, quod datum est. *d. l. 2. in princ. ff. eod. tit.* Pecuniam autem & frumentum esse diversi generis, manifesto manifestius est: cum aliud sit merx, aliud pecunia seu precium. *leg. 1. ff. de contrah.*

184 *emp. & l. 1. in princ. ff. de rer. permutat.* Tum quia notissima regula est: aliud pro alio, invito creditori solvi non posse. *dict. l. 2. §. 1. in fine. ff. de rebus credit. l. promissor. 21. §. ult. in princ. ff. de constit. pecun. l. si se non obtulit. 4. §. ait prator. 3. ff. de re judicat. l. manifesti juris. 17. ibi, consentiente creditore. C. de solutionib. leg. 1. Cod. de Fabricensib. Petrus à Duennas regul. jur. 159. pag. 213. Iacob. Aleman. consultat. 8. quest. principal. 11. pag. 854.* At illud fieret, si debitori, pro frumento pecuniam creditori restituere, permetteretur. Et hanc sententiam non solum jus renovatum Wirtembergicum confirmat, *part. 2. tit. 1. p. 163. in fin.* sed & eandem Doctores communiter amplectuntur: *Bartol. Purpuratus, Bolognet. & ceteri in dict. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. eosque citans Petrus August. Morla part. 1. empor. jur. tit. 8. q. 9. num. 2. Nonius in hoc principio. n. 28. & D. Bocer. n. 129. p. 161. Fachineus libr. 2. controvers. jur. c. 68. in pr. Bronchorst. cent. 1. in artio pavov assert. 66. edit. 1. Arumaus Exercitat. Justin. 12. thes. 10. Wesenbec. in paratitl. ff. de reb. cred. n. 12. vers. ego tamen magis. &c. Kitzel. in exeg. de obligat. mut. c. 6. n. 53. Paulus Berens. Disput. 9. th. 1. quest. 8. pag. 207. Hænonius Disput. 13. controvers. 4. circa medium. D. Besold. d. tract. de mutuo. cap. 8. n. 4.*

185 Cui non adversatur textus in *l. vinum. 22. ff. de reb. credit.* ubi expressè habetur, quòd pro vino mutuo dato, æstimatio solvatur. *Hæc enim lex concepta est non de nostro casu, ubi vinum creditum ejusdem bonitatis & qualitatis adhuc extat, & à debitore comparari potest: sed eà de specie tractat, ubi idem vini genus, quale creditum fuit, non amplius superest.* Quà specie licet vini æstimatio non sit in obligatione, nec etiam in facultate solvendi, *argum. l. fundum. 28. ff. de novationib.* attamen necessariò ad æstimationem devenitur: pecuniâ seu æstimatione vicem rei ipsius tum demum sustinente, si res ipsa à debitore amplius præstari nequeat, *argument. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condit. indebit. l. si domus. 71. §. qui constitetur. 3. ff. de legat. 1.* Et si igitur jus indubitatum est, aliud pro alio, invito creditore, solvi non posse: hoc tamen tamdiu duntaxat verum est, quamdiu quod debetur, præstari à debitore potest, nec fit ei potestas jure aliud solvendi. Quòd si res ab eo præstari nequit: natura suadet, cogitq; ut pro illa aut nihil, aut æstimatio, aut si quid aliud habet debitor, præstari debeat. Necessitati quippe parendum, stultumque est exigere, quod fieri non possit, *arg. l. in re furtiva. 8. in pr. ff. de condit. furtiv. l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. d. l. si domus. 71. §. 3. ff. de leg. 1. Auth. hoc, nisi debitor. C. de solut. Novell. 4. c. 3. ibi q. Cuiacius, Gail. lib. 2. observat. 73. n. 8. Wegner. disput. 13. ad Instit. th. 6. tit. b. Knipschildt d. exercit. Acad. 2. q. 22. p. 73.* Sed & si debitor alterius rei solvendæ potestatem habeat, vel jure sibi tributam, vel testamento, vel conventionem: jam hoc jure fit, ut pro potestate sibi concessa aliud solvere possit, *ut fusiùs explicat Donellus add. l. 2. §. 1. n. 8. ff. de rebus credit.*

186 Non item refragatur *l. si quis stipulatus. 57. in pr. ff. de solutionib.* ubi dicitur, si quis stipulatus fuerit decem in melle, quòd debitori liberum sit, vel mel, vel decem, seu æstimationem solvere. Nam in isthoc verborum contractu æstimatio in obligationem deducta fuit, facultate solvendi mellis pro decem, ex peculiari conventionem, in arbitrium promissoris collata: quod in nostro mutui con-

tractu omnino secus est; utpote in quo vinum seu frumentum fuit in ipsa obligatione: ac proinde, si modo extet, creditori à debitore in eodem genere restituendum est. *d. l. 2. in principio. ff. de reb. credit. Kitzel. d. c. n. 56.*

Nihil præterea resistit *l. si ita fidejussorem. 42. ff. de si-187 de jussorib.* ibi cum statuatur, non posse pro debitore pecuniæ accipi fidejussorem in tritico, additâ ratione: quia pecunia non æstimetur merce, à contrario sensu colligitur, pro debitore frumenti, fidejussorem in pecunia acceptum efficaciter obligari: cum per pecuniam omnia æstimentur: *Etenim mutuato frumento accipi potest fidejussor, eo casu, quo principalis debitor ad pecuniam quoque tenetur, i. e. quo in mora fuit, propter quam factum est, ut frumentum ejusdem bonitatis non amplius reperiatur, argum. d. l. vinum. 22. ff. de reb. cred.* Dein & hoc dici poterit: argumentum à contrario sensu non procedere, quando legum correctio inde sequitur; tradente, post alios, *Everhardo à Midelburg. in loc. à contrario sensu. n. 4.* quod fit in casu nostro, cum ex eo corrigatur *d. l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Nonius hic n. 28. pag. 430.* Licet porro omnes res ceteræ æstimentur per pecuniam, *dict. leg. si ita. 42. ff. de fidejussorib.* tamen per eam non recipitur functio cum frumento vel vino. Functio siquidem debet esse in eodem genere: ut pecuniæ ad pecuniam, frumenti ad frumentum. Et quamvis frumentum & vinum res fungibiles sint: haud tamen ejusdem sunt qualitatis & naturæ: adeoque non est in iis communicabilis qualitas: *ut ex Zasio in d. l. 2. §. 1. n. 12. & seqq. ff. de r. b. cred. declarat Paulus Berens d. disput. 9. them. 1. quest. 8.*

Pari ratione non obest, quòd quoties duo æquipollent, 188 non referat, quid ex eis fiat. *l. mulier. 22. circa princ. ff. ad senatusc. Treb. l. si mater. 3. cum concordantib. ibi adductis per gloss. in verb. sua causa. C. de institution. & substit.* Frumentum autem & ejus æstimatio æquipollentia sint: quippe cum æstimatio vice rei fungatur. Proindeque non referat, utrum frumentum, an ejus æstimatio solvatur. Hoc non obest, inquam: quia tunc vice rei fungitur æsti-189 matio, ubi res ipsa solvi non potest *d. l. si non sortem. 26. §. lib. 12. ff. de condit. indebit.* Sed nostro in casu potest solvi vinum vel frumentum: ideoque non relinquitur locus solutioni æstimationis. *Ad hæc respondetur: argumentationem procedere in aliis contractibus, non in mutuo: in quo idem genus, non diversum, reddi debet, præallegatâ l. 2. in princ. ff. de reb. credit. Bronchorst. d. cent. 1. assert. 66. in fine. edit. 1.* Huc revocanda sunt & repetenda, quæ annotavimus infra ad princip. tit. quib. mod. tollit. obl. num. 9. & seqq.

Vocatur in disceptationem ancipitem & illud: utrum 190 nummis aureis simpliciter sive generaliter mutuo datis, debitor alterius generis nummos, putà argenteos, æreosve solvendo liberetur? Et non liberari, censent *Bartol. ad l. 1. §. ult. ff. de auro & argent. legat. & ad l. Paulus (alias est l. creditorem. 99.) ff. de solutionib. ibidemque Castrens. & Imola, Covarruv. de veter. numism. collat. cap. 7. §. anic. Boërius decision. 327. Wesenbec. in Paratitl. ff. de reb. credit. n. 12. vers. ex eadem ratione, &c. Borcholt. in Comment. de reb. cred. c. 7. n. 4. & seqq. D. Bocer. in tract. de reg. c. 2. n. 229. item tract. de jure monet. c. 2. n. 83. cum seqq. & in hoc princ. n. 146. p. 163. Matth. Col. in tr. de process. exec. part. 1. c. 10. n. 7. & seqq. Aleman. conf. 8. q. pr. 7. p. 818. Justus Schütz. exercit. jur. disp. 13. th. 7. lit. b. pag. 201. cum seqq. Kitzel. in exeg. de oblig. mutui. c. 5. n. 49. cum seqq. & c. 6. n. 63. & seqq. Sed rectius sentire mihi videntur illi, qui nummos simpliciter mutuo acceptos, in quavis alia monetæ forma, creditori etiam invito reddi posse, statuunt; usque adeo, ut qui debeat aureos, rectè solvat argenteos, sive æreos, & contrà: dummodò reddat ad eandem quantitatem seu æstimationem, probos & locabiles. Ita sentiunt *Alciatus n. 11. Purpuratus n. 31. & Feder. Scotus n. 231. ad l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. Curt. jun. n. 25. Donell. n. 10. & Philip. Matth. ad l. cum quid. 3. ff. eod. tit. Cui. ad l. quæ extrinsec. 65. ff. de verb. obl. Hotom. illustr. q. 15. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. rubr. c. 3. n. 16. Soarez. in th. recep. sent. lit. p. n. 74. Fichard conf. 28. vol. 1. & conf. 47. n. 7. vol. 2. Hackelm. Disput. illustr. 9. thes. 4. lit. A. Trentler. disput. 20. thes. 12. lit. a. vol. 1. Niell. Disput. feud. 11. thes. 5. lit. à Hænonius.**

Disput. 13. controvers. 4. Fulcej. lib. 1. Iurispud. Rom. c. 35. num. 83. Schegk. in delib. jur. disput. 15. thes. 76. Molinens in tract. de usur. quest. 100. num. 753. Menoch. consil. 49. num. 38. cum seqq. Hunnius disput. 14. thes. 10. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 1. quest. 8. p. 867. Dn. Collega Besoldus in tract. de mutuo. cap. 9. num. 2. cum seq. & Fachinens lib. 2. controvers. jur. cap. 50. edit. 2.

191 Hæcque sententia probatur primum per l. 1. ibi, eaque materia formâ publicâ percussa, usum dominiumq; non tam ex substantiâ præbet, quàm ex quantitate. ff. de contrah. emp. ex quâ l. apparet, quod pecuniæ bonitas, vis ac substantia non consistat in ipsa pecuniæ materia; sicut vini bonitas est in ipso vino: sed aliunde, ab arbitrio videlicet magistratus & legislatoris dependeat: adeò, ut nummus nihil aliud, quàm ejus æstimatione & valor ipsi à percussente seu magistratûs edicto impositus. Unde nummus à Græco νόμισμα dicitur; eò quòd omnem suam auctoritatem ex lege sola habeat. Aristot. lib. 5. Et hic. c. 5. & lib. 1. politic. cap. 6. Itaque qui certam monetæ speciem accepit mutuam, non tam speciem, quàm valorem atque æstimationem istius speciei accepit: neque etiam accepisse intelligitur in alia bonitate quàm ea, quæ illâ ipsâ æstimatione continetur: veluti qui thalerum Imperialem Würtembergicum hoc tempore accepit mutuum, non præcisè corpus thaleri, sed potius ipsius valorem debet: proinde si 22. batzios reddat: non aliud pro alio, sed idem reddit, nempe valorem, qui creditus censetur, in quo solo pecuniæ numeratæ bonitas sita est: cum unicam hanc ad rem parata sit, ut eam æstimationem, quæ publica lege ipsi indita est, præstet. *Fulcej. lib. 1. discept. Scholastic. c. 10.*

192 Deinde nostræ sententiæ fundamentum desumitur ex d. l. qua extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat. ubi is, qui denarios stipulanti, ejusdem quantitatis aureos spondet, obligari dicitur. Atqui non valet stipulatio, verborumvè obligatio, cum de alia re loquitur stipulator, de alia promissor. §. præterea. 5. & §. si de alia. 22. infr. de inutilib. stipulat. Ergo non sunt aliud denarii, quàm aurei ejusdem quantitatis: ac ea propter nec aliud solvitur, quàm quod debebatur, cum pro aureis denarii ejusdem quantitatis, & vice versâ pro denariis aurei ejusdem quantitatis sive valoris solvuntur.

193 Tertio isti sententiæ auxiliatur non parùm l. Titia amica. 35. in pr. ff. de auro & argent. leg. ubi, auri pondo quinque legatis, respondetur: aut aurum, de quo quæritur, præstari oportere: aut pro arbitrio heredis precium auri, quanti comparari potest. Si igitur pro auro infecto pecunia quævis signata præstari potest ad eam quantitatem, quâ aurum æstimetur: multo magis pro pecunia aurea debita, cujus multo certior est æstimatione, quàm auri infecti, alia quævis pecunia præstari poterit.

194 Quarto eandem assertionem confirmat textus in l. unic. C. de collatione aris, & l. unic. C. de argenti precio, quod thesauris infertur. in quarum priori, in collationibus, pro viginti libris æris, unicum auri solidum: in posteriori, pro singulis libris argenti, quinos solidos; adeoque pro argentea moneta auream, & contra, inferre &olvere debitori licet.

195 Quinto huc accedit, quòd nummi rebus incorporalibus accenseantur; adeoque æstimatione nummorum magis, quàm corpora, credita existimetur. leg. si is. cui. 94. §. 1. ff. de solutionib. leg. planè. 34. §. sed si non corp. 3. ff. de legat. 1. leg. quisquis. 95. ff. de leg. 3. l. Lucius Titius. 24. ff. de posit. leg. si pœna. 19. §. 2. ff. de condiët. indebit. l. si heres. 68. ff. ad senatusconsult. Trebellian. l. quod dicitur.

196 in pr. ff. de impens. in res dotal. factis. Ac sanè impositum principaliter nummorum valorem, citra considerationem materiæ spectandum esse, vel ex eo satis liquet; quòd non solum ex auro & argento verum etiam ex plumbo, ferro, ære, atque adeo ex corio cudi interdum nummi soleant. *Int. Caesar. de bello Gallico. lib. 5. Alex. ab Al. x. gen. dier. 4. c. 15. Seneca de benefic. lib. 5. c. 14. Greg. Tholos. lib. 3. de Rep. c. 6. Hinc & Imp. Fridericus, II. propter exhaustam diuturnitate Italici belli pecuniam, coriaceam monetam cudi jussit, eique precium, sive valorem aurei Augustalis imposuit: statuitque, ut eo precio ab omnibus in emendo vendendoque sumeretur: simulque per præconem publicè*

edici curavit; eum, qui bello finitio talem monetam ad Cameram Imperialem referret, aureum Augustalem recepturum. Quod cum ab ipso bonâ fide præstitum fuerit: documentum apertissimum præbuit, valorem & precium monetæ, non materia, sed hominum instituto & conventionione æstimari: ut auctor est Pandolphus Collennicius & Antonius Florentinus in Chronicis sub an. 1240. hosq; referens Hotomannus. d. quest. illustr. 15.

Postremò nostræ patrocinatur sententiæ textus in d. l. 197 creditorem. 99. ff. de solutionib. ubi Paulus tum demum non vult cogi creditorem, ut in alia formâ nummos accipiat, quando damnum aliquod ex eâ re passurus sit. Ergo si damnum creditor non sit passurus; etiam in alia formâ nummos accipere tenetur, argumento à contrario sensu ducto: quod in jure ita validum est, ut quod inde infertur, pro expresso habeatur. l. 1. in princ. vers. hujus rei. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. ex eo. 18. ubi glos. ad verb. colligitur. ff. de testib. §. l. qui testamento. 20. §. mulier. 6. ff. qui testament. fac. poss. ubi Accursius ad verb. argumento est lex. notat: contrarium sensum legis pro lege accipi. Caterum, nummis alia formâ datis, creditoris damnum non utique in eo esse potest, si argentei aut ærei nummi dentur pro aureis: dummodo, qui dantur, publicâ æstimatione eandem quantitatem, atque eundem usum in rerum permutationibus præstent: sed potius in eo creditoris versatur incommodum; si summa mutui sit magna, & minuta monetâ reddita nimium oneretur creditor: aut si peregrinè profecturo, vel peregrinè transporturo reddatur exiguæ quantitatis moneta: quæ ad gestationem creditori sit gravis & onerosa, ut sine sumptu ac periculo majori eam ferre nequeat: aut si solutio fiat in eâ monetâ, quæ à proficiscente iis in locis, in quæ cogitatur eam deferre, collocari, commutari & impendi in negotiationes haud facile possit. *Donell. add. l. 3. n. 10. ff. de reb. credit. Anton. Matth. Disp. Pandect. 9. th. 3. Quò pro-*

198

cul. dubio respexit Ferdinandus I. Imp. dum inter cetera constituit; creditorem in summæ alicujus notabilis solutione, ad viginti quinque saltem florenos, de minuta pecunia accipere teneri: reliquâ parte, in grossiori (uti loquuntur) usitata pecunia, solvenda. *Reichs Abschied zu Augspurg/ de Anno 1559 §. Die jetztgemeldten/ 10. pag. mibi 212. Ex quibus solidissimis fundamentis liquidissimè apparet: haud necessarium esse, ut pecunia credita in eadem materia vel formâ præcisè reddatur: sed omnino sufficere, si æstimationis ratione, So viel Gùlden oder Pfundt/ als aufgeliessen worden/ reddantur. Quod & attestatur haud obscure Paulus Matthias Wehner. in præf. suis observ. lit. C. §. Goldgùlden/ & c. vers. hisce tamen omnibus, & c. p. 247. edit. ult. ubi disertè scribit: ex communi usu loquendi, verbum Gùlden/ non intelligi de aureis in auro; sed de moneta usuali, so viel geldtes / als man vor einen gulden rechnet/ Als in Meissen 21. groschen/ in Francken 28. schilling/ im Reich. 15. bagen/ & c. Hancq; sententiam non solum juris veritati, communissimæque Doctorum traditioni, verum etiam consuetudini convenire, Interpretes plerique supra n. 190. laudati, intrepidè, & quidem meritò, affirmant. Ideoque satis improvidè asserit Dn. Collega Bocerus; me prædictæ verissimæ opinioni subscripsisse argumentis minimè idoneis, in hoc prin. nostro. n. 146. p. 163. Planè aliud judicandum erit, aliud si specialiter inter contrahentes convenerit, arg. d. l. 3. ff. de reb. cred. l. 1. §. si conven. 6. & l. Lucius. 24. ff. de posit. l. in conventional. 52. ff. de verb. obl. l. 1. & l. inter debit. 42. ff. de pact. & l. contract. 23. ff. de reg. jur. velut si certi generis nummi, putâ centum Würtembergici, ut Würtembergici, non verò certa summa in Würtembergicis [exempli causâ, hundred Gùlden an Thaler/] dati fuerint. Hoc enim casu eos in eodem genere monetæ reddendos, dubitationis non multum habere videtur: quippe cum non æstimatione, sed magis corpora certa, ad numerum credita reputentur, Coler. de processib. exec. d. part. 1. c. 10. n. 11. & seq. Andr. Gerhard. Exerc. Iustinianear. dec. 12. q. 6. circa fin. D. Coll. Bes. in Disp. de contr. mut. de An. 1612. th. 30. & d. tract. de mut. c. 9. n. 5. & 10. Petr. Greg. Tholos. in synt. jur. univ. lib. 25. c. 14. n. 2. p. 506. & lib. 36. c. 2. n. 27. p. 703. & plur. alii, quos refert (licet ipse dissent.) Alem. Consult. 8. q. princ. 3. p. 762. & seq. Supe-*

- 200 Superiorem conclusionem nostram non obstat: quod aliud pro alio invito creditori solvi non possit. *leg. 2. §. 1. in fin. ff. de reb. credit & mutuum eadem bonitate, quā datum est, eodemque genere reddi debeat. dict. l. 3. ff. eod. & hoc principio. vers. & quoniam, &c.* Hoc autem non fiat, cum pro auro argentum, aut pro argento as restituatur: siquidem aurum multis partibus prestare argento, & argentum auri, nemo ignorat. Illud, *inquam*, non obstat.
- 201 Quia, cum in nummis non materia illa externa, aurum videlicet, as, vel argentum, sed valor spectetur; indeque nummi substantia, qualitas & bonitas aestimetur; & nummus sub ratione quantitatis ac valoris in mutuum deducatur, *ut ostensum supra ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt.* non videtur aliud solvi pro alio, aut pecunia in alia qualitate sive bonitate, quam in qua erat credita: quando idem valor, qui datus erat, restituitur. Nec quicquam movet; quod sicut pro tritico vinum non potest solvi; ita etiam pro aureis alia moneta, argentea vel area, solvi non possit. Hæc enim ratiocinatio ex disparibus procedit; proindeque nullius momenti habetur. *l. duobus. 25. ff. de testamentar. tutel. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.* Nam cum triticum datur pro vino: res alterius generis dari intelligitur: non verò, cum pro aureis dantur argentei nummi: quoniam tunc idem planè, quod datum est, redditur, nimirum valor seu aestimatio. Nec etenim nummi aurei ab argenteis, aliisve genere differunt; si substantia illorum, non ex materia externā, sed ex quantitate, valore & potestate aestimetur. *Qua de re latius Donellus & Hotomanus locis præallegatis.*
- 203 Sanè contra prædictam sententiam aliquot affert instantias Dn. Collega Bocerius *d. tract. de jure monetar. cap. 2. num. 84. & seqq.* Sed ex sine negotio refelli possunt. Nam primo ultro largior: ipsam substantiam sive materiam pecuniæ etiam considerandam esse; ita scilicet, ut proba sit numismatis materia: neutiquam verò, ut nummis certi generis simpliciter creditis, debitor præcisè cogatur ejusdem generis nummosolvere: veluti aureos pro aureis, thaleros pro thaleris. Non ita, *inquam*, spectatur pecuniæ materia; sed sufficit ipsam quantitatem restitui in nummis cujuscunque alterius materiæ modo ea proba sit. Et hoc est, quod dicit Paulus Jurisconsultus *in d. l. 1. in fine principii. ff. de contrah. empt. & vendit.* pecuniam aestimari, non tam ex substantia, quam ex
- 204 quantitate. Deinde in eo quoque hallucinatur Dn. Collega Bocerius, quod putat, Paulum Jurisconsultum *in d. l. creditorem, (aliis debitorem. 99.) ff. de solutionib.* per formam significare tantum figuram, signum, notam sive effigiem monetæ, adeoque eum esse illius legis sensum: creditorem non esse cogendum: pro aureis (*verbi gratiâ*) Cæsareis, accipere Würtembergicos: pro thaleris Ioachimicis, Brunsvuicenses, &c. si ex eâ re damnum passurus sit: veluti si in tempus solutionis alii cuidam aureos Cæsareos, vel thaleros Ioachimicos sub aliquot florenorum pœnâolvere promiserit. Verum hæc inepta esse, quis non videt? An enim debitor propterea ad solvendo Ioachimicos, nec præstando alios thaleros æquè bonos liberabitur, quod creditor se alii cuidam ad Ioachimicos solvendo sub pœnâ obligavit? Cur creditor se ita obligavit? Quid hoc ad debitorem, qui
- 205 ita se non obligavit? Tertiò Dominus Collega Bocerius dicto loco non sine divinatione asserit: *in d. l. qua extrinsecus. 65. §. 1. ff. de verbor. obligat.* per denarios significari non argenteos, sed aureos denarios. Licet enim apud Romanos etiam aurei denarii in usu fuerint: quemadmodum ostendit Plinius *lib. 33. natur. histor. cap. 3.* hisce verbis: *proximum scelus fecit, qui ex auro denarium signavit. quod & ipsum latet, auctore incerto, &c.* attamen non sequitur, quod *in d. l. qua extrinsecus.* idcirco per denarios significantur aurei, & non argentei. Insuper si *in d. l.* per denarios intelligendi essent aurei denarii: nulla subesset ratio dubitandi. Quis enim quæso dubitaret: quin valida esset obligatio, si quis stipulanti decem (*verbi gratiâ*) denarios (aureos scilicet: *ut vult Bocerius*) sponderet aureos scilicet denarios ejusdem quantitatis? Esset utique ridiculum de his dubitare: ut non sit verisimile, Iurecon-

ultum ibi questionem ejusmodi Domitianam proponere voluisse. *l. Domitius Labeo. 27. ff. qui testam. fac. poss.* In eo largiendo promptiores sumus: Jurisconsultum de eo illic dissensisse causā, quo stipulator & promissor spectarunt non tam ipsam rem sive materiam, quam rei sive materiæ quantitatem, aestimationem, seu valorem. Ast idem hoc regulariter fit, quoties nummi simpliciter mutuo dantur: ut valor scilicet eorum, non materia spectetur, *per supra dicta.* Ergo quemadmodum in stipulatione pro nummis argenteis dari possunt aurei ejusdem quantitatis: ita & in mutuo id fieri posse dicendum est, quatenus non expresse aliter conventum apparet, aut cum creditoris damno illud conjunctum est, *juxta ea, quæ diximus supra num. 198.* Tandem minus idoneam quoque instantiam affert præclarissimus D. Bocerius *ad d. l. unic. C. de collat. aris. & d. l. unic. C. de argenti precio, &c. lib. 10.* Quis enim crederet: specialiter fisci debitoribus permissum esse, ut pro argentea moneta auream, & contra, inferre &olvere possint: & id non multo magis aliis debitoribus licere: Quis non intelligit: dictu absonum esse, plus juris habere debitorem adversus creditorem privilegiatum, quam non privilegiatum? Manet ergo firma atque inconcussa nostra sententia: & haudquaquam idoneas sunt instantiæ, quas Dn. Collega Bocerius pro impugnanda ea attulit. Porro reliqua dissentient. *arg. ex supra dictis facile dissol. poter.* Eadem de re videatur Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 9. q. 2. n. 286. & seqq. pag. 257. cum seqq.* nec non Auctor *consilii Argent. 5. & 45. vol. 2.*

Major, & in praxi quotidianā frequentior concertatio de eo videtur: mutatione monetæ factā, cujus temporis aestimatio vel quantitas, solutionisne, an contractus, in mutuo reddendo, spectanda sit? Verum hæc quæstio ut intelligatur facilius, breviter sciendum: monetæ mutationem esse duplicem, *secundum Doctorum traditionem*: intrinsecam, & extrinsecam. Intrinsecam monetæ mutationem appellant, quando materia ipsius preciosior vel vilior facta est: extrinsecam verò, quando valor sive aestimatio tantum, non materia monetæ, mutata est. Ut & intrinsecam monetæ bonitatem nuncupant ipsam monetæ materiam: extrinsecam, valorem impositum seu aestimationem. *Bartol. in l. cum quid. 3. num. 16. & 17. ff. de reb. cr. dit. Carol. Molin. in tractat. de usur. & commer. quæst. 92. num. 696. Didac. Covarruv. in tract. de veterum numismat. collatione. cap. 7. num. 6. post medium. Petr. Gregor. Tholosan. lib. 36. syntagm. jur. univers. cap. 2. num. 27. vers. quia tunc coactio. pag. 703. Fachin. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. in pr. Andreas Knichen. Comment. in jus Saxon. cap. 5. rubr. de regalib. verb. Münz-Geß rechtigkeit vers. ceterum in moneta. pag. 152. Rencerus Budelius in tract. de re nummaria. l. 1. cap. 7. n. 3. 4. & 9. Ernestus Cothman. respons. 34. n. 14. & 17. p. 286. edit. 2. hosque citans Alemannus in palestra consultation. jur. illustr. consultat. 8. quæstion. princip. 1. p. 384. Andreas Dinnert. Disp. 1. de moneta mutatione. &c. th. 9. Henricus Hornmanus in disput. de monet. vers. intrinseca, &c. Arumans Volum. 5. de jure publ. discurs. 1. de re monetali. cap. 13. Iohan. Wolfgang. Aur. in dissert. de jure monetarum. c. 14. axiom. 72. Berlichius concl. præct. part. 2. concl. 35. n. 2. & seqq. ubi plures allegat.* Tametsi Doctores aliter concludere, putet Matth. Colerus *in tract. de process. execut. part. 1. c. n. 7. vers. scio sanè. p. 282.* Quod si igitur intrinseca monetæ bonitas mutata fuerit: (*Wann Korn/ipsa materia, und Schrot pondus, an der Münz gemindert wird.* hoc est: *Wann die Thaler oder Goldgulden an der fein schlechter/ oder am Gewicht ringer werden*) eaque adhuc extet; in illa ipsa monetā: sin verò haberi amplius illa antiqua moneta non possit; in alia quidem moneta, sed juxta antiquæ aestimationem, quæ tempore contractus fuit, solutionem faciendam esse, juris Interpretes plerique (paucis exceptis, *Ioan. Fabro ad princ. tit. infr. quib. mod. tollit. obl. n. 3. & in auth. hoc, nisi. C. de solut. Colero d. c. 10. n. 13. in fin. p. 284. Hannio Disp. ad Inst. 14. th. 12. & quibusd. aliis*) constanter asserunt. *rg. c. olim. 20. & pen. ext. de censib. item. c. quando per son. 18. ibi. sec. eum stat. &c. ext. de jure. ur. Ioan. Borch. in c. un. qua sunt reg. n. 62. & in Com. ad tit. ff. de reb. cred. c. 7. n. 20. Guido Papa dec. Parl. Gratian. 493. n. 2. vers.*

nontamen nego. p. 745. *Matth. de Afflict. in d. c. unie. qua sunt rega. in verb. moneta. num. 12. in fin. & idem decis. Neapolit. 90. n. 3. Pileus Modicensis quest. aurea. 35. vers. injunge ergo. pag. 291. Frider. Pruckman. consil. 12. num. 17. & 18. vol. 2. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 5. practic. conclusion. lit. M. conclus. 349. num. 50. & seqq. Regner. Sixtin. de regalib. lib. 2. c. 7. n. 152. sub fin. Cothman. d. Respons. 34. n. 60. & seqq. vol. 1. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. 28. n. 2. pag. 235. part. 2. Gail. lib. 2. observat. 73. n. 7. Anton. Gabriellus Roman. lib. 3. commun. regular. tit. de solutionib. conclus. 1. num. 1. Tiraquell. retract. lignag. §. 1. gloss. 18. num. 27. Johan. Petr. de Ferrar. in practic. aurea. form. lib. in actione hypothe- car. verb. relaxandum. num. 2. vers. de primo modo. pag. 405. Molinaus d. tract. de usur. quest. 100. n. 749. Schurpf- fuis cent. 1. consil. 10. in princ. pag. 39. Cravetta. consil. 47. num. 6. Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. c. 10. §. re- stat postrema. Alemannus d. consultat. 8. quest. pr. 1. Dn. Collega Besoldus in thesauro pract. lit. S. n. 33. p. 726. Berlichius d. part. 2. conclus. 35. n. 8. & seqq. item n. 36. cum seq. aliique plures, ab his relati.*

210 Caterum si extrinseca, monetæ bonitas commutata sit (wann der valor oder werth auffschlegt / oder verendert wird) nec ulla debitorum mora adscribi possit: & lucrum & damnum ad creditorem, Auctores quidam gravissimi referunt: hoc est, solutionem à debitore præstari volunt ad æstimationem istius temporis, quo pecunia solvenda est: ita sanè, ut creditor in totidem aureis sive tha- leris acquiescere teneatur, quot expendit, sive æsti- matio illorum aucta sive imminuta interea fuerit. Bar- tol. in d. l. cum quid. 3. num. 17. Castrens. num. 6. Socinus n. 42. Alexand. num. 16. & Alciat. n. 68. de reb. credit. Borcholt. d. Comment. de reb. credit. cap. 7. n. 17. & seqq. Caesar Ursillus in annotat. ad Matthæum de afflict. decis. Neapolit. 194. num. 3. vers. qua licet vera esse videantur, &c. pag. 264. Nicol. Boërus decis. Burdegal. 327. n. 4. & 13. Zasius singular. responsor. lib. 1. cap. 1. num. 25. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. M. n. 201. & seq. Cothm. d. resp. 34. n. 101. & seqq. vol. 1. ed. 2. Albert. Brun. in tract. de monet. part. 6. num. 3. & seq. Renner. Budel. in tractat. de monet. lib. 2. c. 2. n. 13. & seqq. Gail. d. lib. 2. observat. pract. c. 73. n. 9. Anton. Faber. de var. n. debit. solut. c. 5. Schick- hard. Disp. ad Instit. 12. thes. 3. ad lit. d. & resolut. quest. 8. Andreas Kohl. exercitat. legal. 19. num. 2. Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 9. vers. tertia est sententia, &c. Corasius lib. 4. Miscellaneor. cap. 13. num. 5. Kitzel- lius in exeges. de obligat. mut. cap. 6. n. 81. & seqq. Aur. d. dissertat. de jure monetar. c. 15. axiom. 112. cum seqq. ali- que qui hanc sententiam communem & veram perhibent. At verò non desunt itidem Viri præclarissimi, qui planè diversum sentiunt: ac pecuniam mutuò acceptam in eo demum valore, quem tempore contractûs illa habuit, reddi debere, seriò contendunt. Decius n. 56. Bolognetus n. 73. Donellus num. 11. & Philippus Matthæus pag. 38. & seq. in d. l. 3. ff. de reb. credit. Anton. de Butrio. n. 3. & Panormitan. num. 32. in d. c. quantò. 18. de jurejurand. Molinaus d. tract. de usur. quest. 92. num. 694. & 701. Hippolyt. de Marsil. in l. qui falsam. 19. num. 118. ff. ad leg. Cornel. de fals. Bronchorst. cent. 1. évavliopavōv, assert. 64. edit. 1. Hotoman. illust. quest. 15. circa fin. & in tractat. de usur. lib. 1. cap. 5. Moller. ad constit. Elect. Saxon. 28. num. 2. Petrus Frider. Mindanus. lib. 2. de mandatis ju- dicial. cap. 63. sect. 8. & seq. Sixtinus in tract. de regalib. lib. 2. c. 7. num. 148. & seq. Antonius Tessaurs decis. Pe- demont. 174. num. 2. Henning. Arnisaus de jure majest. lib. 1. c. 7. rubr. de potestate in rem nummar. 3. pag. 428. Co- va: ruv. d. tract. de veterum numism. collat. §. unic. num. 3. vers. Caterum, &c. Wesenbec. in Paratitl. ff. de reb. cre- dit. num. 12. ad fin. Menochius lib. 2. de arbitr. jud. quest. cap. 207. num. 9. & 10. Iosephus Ludovici commun. con- clus. 10. §. dubitatio. & §. sed quicquid. pag. 17. Nicol. Ev- erhardi consil. 189. n. 16. Fichard. consil. Lat. 30. num. 5. & consil. Germ. 47. n. 4. Tiber. Decian. respon. 11. n. 92. vol. 1. Modestin. Pistoris consil. 27. num. 35. & seqq. vol. 2. Adrian. Gylman. rerum Camera judicatar. lib. 1. decis. 16. n. 17. Johannes Köppen. decis. jur. 2. n. 1. & seqq. Hackel-

man. Diss. illustr. 9. thes. 4. lit. E. Doctor Marta tom. 3. digestorum novissimorum: tit. solutio. cap. 15. 18. 20. & 22. fol. 313. cum seqq. Richter d. Disput. 2. th. 11. lit. f. pag. 52. cum seq. D. Besold. d. tract. de mutuo. c. 9. n. 9. D. Bo- cer. in tractat. de jure monetar. cap. 2. n. 163. & seqq. Ku- bach. cent. 2. quest. illustr. politico-jurid. decur. 7. quest. 7. pag. 487. cum seq. Treutler. consil. 114. volum. 2. Arn- maus Exercit. Iustin. 12. thes. 11. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 24. Hænon. Disput. 13. controvers. 5. Stuckius part. 1. Exercitat. Iustin. decad. 10. assert. 2. lit. g. pag. 379. Hunnius d. Disput. 14. thes. 11. Aleman. d. consult. 8. quest. princip. 2. pag. 603. cum plurimis seqq. Mynsinger. centur. 4. observat. 1. ubi hanc sententiam, tanquam veriolem, & juri atque æquitati magis conformem, in Camera Im- periali crebrius obtinuisse scribit. Eique nuperrimè suum calculum addidit Berlichius d. part. 2. conclus. 36. num. 5. & seqq. nec non decis. aur. 152. num. 1. ubi simul ex- ponit: si alius sit valor monetæ tempore primæ obligatio- nis, & alius tempore constituti, utrum tempus inspicere de- beat. pag. 584. & sequentibus. Quibus novissimè addatur Ioan. Wolfgangus Hillerus in Responso juris, über die Frag: Ob ein Schuldner seinen Glaubiger/der ihm vor diesem mit guter gangbarer/unverruffter Reichs-Münz-Lehens- weis aufgeholfen/mit jetziger im schwanggehender/ge- ringhaltiger oder gesteigerten Münz/ rechtmessig bezah- len könne. edit. 2.

Eademque sententia non levibus nititur rationibus & 211 fundamentis: quorum primum petitur ex d. l. cum quid. 3. in fine. ff. de reb. cred. ubi Pomponius responder: in mu- tuo id actum intelligi, ut ejusdem generis, & eadem bo- nitate solvatur, quæ (tempore nimirum contractûs, sive mutui facti) datum sit. Quod si verò, secundum præsen- tem monetæ æstimationem, non illam, quæ tempore mu- tui contracti fuit, solutio facienda esset; non tantundem, sed plus minusvè, quàm est acceptum, redderetur: id quod à mutui naturâ quàm maximè abhorret: quippe in quo tacitè actum intelligitur; ut non solum in eodem genere, sed eadem quoque bonitate solvatur, quæ datum est. d. l. 3. ff. eod. tit.

Alterum fundamentum dependet ex l. Rutilia Polla 212 69. ff. de contr. empt. ubi apertè Proculus statuit, in con- tractibus eam æstimationem inspiciendam esse, quæ fuit tempore contractûs. Cui assentiri videtur Africanus in l. cum quis. 22. ff. de obligat. & actionib. nec non Innocen- tius, ejus nominis III. in prædicto c. olim. 20. de censibus. non obscure tradens, ad tempus contractûs, quo denarii Papienses promissi sunt, respiciendum: & Gregorius IX. in d. c. penult. ibi, solutione prioris pecuniæ (quod ad tem- pus contractûs refertur) vel si non sit in usu, æstimatione pensionis antiquæ, &c. ex dicto tit.

Tertium fundamentum tale est: Omnis obligatio, quæ 213 ex datione pecuniæ oritur, ratione æstimationis certa est. l. nummis. 3. vers. cum certa sit. ff. de in lit. jurand. l. 1. in princ. ff. de condict. triticiar. l. ideò. 3. vers. pecuniarum quoque. ff. de eo, quod certo loco, &c. Ergo ex mutatio- ne monetæ isthæc obligatio, quæ initio contractûs certa fuit, haud quaquam variari, & incerta fieri; sed in tem- poris contractûs certitudine persistere ac permanere debet, argum. l. fundum Cornelianum. 28. vers. præsens æstimatio. ff. de novationib. & l. hominem. 37. ibi, æstimatio ejus ad id potius tempus, &c. ff. mandati.

Quartum fundamentum sumitur à naturâ mutui: quip- 214 pe quæ periculum rei mutuò acceptæ ad debitorem trans- fert, non tam quòd ipsius gratiâ mutuum contrahitur, quàm quòd is rei mutuò acceptæ dominus factus est: ac proinde si ullum periculum hoc casu versaretur; illud nulli alii, quàm ipsi debitori, tanquam domino, adscri- bendum esset, hoc principio nostro. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. ff. commodat. & l. pignus. 9. C. de pignoratit. actione.

Quintum fundamentum ex eo constat: quòd si dimi- 215 nutio valoris thalerorum sive aureorum mutuò datorum creditoris damno cederet, veluti fieri oporteret, si non contractûs, sed solutionis tempus attendendum esset: hoc absurdum sequeretur, creditori officium suum damno- sum esse debere, dum videlicet ex eo, quòd debitori cre- dendo

dendo benefecit, damno afficeretur. Contra verò debitor non solum usurâ temporis frueretur; sed & lucrum faceret ex eo, quod pluris aureos sive thaleros expendit, in ea nimirum æstimatione, quæ tempore contractûs fuit: cujusmodi iniquitatem ipsa ratio adversatur; quippe quæ dictat, ne quisquam ex suo officio, quod ejus, cum quo contraxit, non etiam commodi sui causa fecit, damnum patiatur. *leg. sed si quis. 7. ff. testam. quemadmod. aperiunt. leg. si servus 61. §. quod verò. 5. ff. de furt. l. si verò. 12. §. si mihi. 9. ff. mandat. leg. absentia. 140. ff. de regul. juris.*

216 Sextum fundamentum depromitur ex causa mutui finali. Cum enim mutuum eum in finem sit inductum, ut necessitati commodisque proximi per illud subveniatur: est profectò, quod debitor commodum ejus, quod accepit mutuum, habeat tantisper, dum moræ argui non potest: tantum abest, ut si valor monetæ interim auctus fuerit, damnum hoc ad ipsum debitorem redundare debeat. Quemadmodum & vice versâ, si valor pecuniæ mutuo acceptæ imminutus sit, iniquum ducendum non est, si debitor suppleat id, quod valori pristino, qui videlicet tempore contractûs fuit, interim decessit: cum eum pecuniæ valorem creditori restituat, quem acceptum protinus suos in usus convertit. *D. Philipp. Matth. ad d. l. 3. ff. de reb. credit. pag. 40. Bronchorst. d. centur. 1. assertio. 64. edit. 1.*

217 Postremum fundamentum desumitur à verosimili contrahentium mente: quorsum nunquam non recurrendum: præsertim verò in contractibus. *leg. sed Celsus. 6. §. ibi, potius id, quod actum, quam quod dictum, sequendum. §. leg. fistulas. 78. in princip. ff. de contrah. emptio. leg. in conventionib. 219. ff. de verborum significat. leg. ultim. ibi, cum sit justum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Codic. quæ res pignori obligari poss. l. unic. ibi, ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur. Codic. ut*

218 actiones & ab heredibus, &c. Et cum mens patet, de verbis parum curandum, *leg. 1. §. tot. titul. Codic. plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur. Philipp. Decius in leg. semper in stipulationib. 34. num. 3. vers. verba*

219 non sunt curanda, &c. *ff. de regul. juris.* Verba quippe se habent, ut corpus & superficies: mens verò, ut spiritus & anima, teste Augustino, canon. sedulo. 12. Distinction. 38. Roland. à Valle consil. 70. num. 56. volum. 3. Cæterum contrahentes ad nummi (quatenus, lege & æstimatione publicâ, nummi) valorem; non nummi corpus seu massam respexisse; eundemque valorem in obligationem deduxisse censentur. Quoniam verisimilius est, eos consensisse in id, quod præsens fuit, quam quod sub incerto esse potuit. *leg. si ita esset. 7. vers. quia præsens tempus semper intelligeretur, &c. ff. de aur. & argent. legat. dicta leg. 1. in fine principii. ibi, usum dominiumque non ex substantia, sed quantitate, &c. ff. de contrah. empt.* Quare firmiter concludendum: bonitate monetæ extrinsecâ, quæ in valore consistit, immutata, ad tempus contractûs, quæ tum æstimatio monetæ fuerit communis, respiciendum; & secundum eam solutionem faciendam esse: & consequenter incrementum monetæ, eo casu, debitoris lucro; decrementum contra ejusdem damno cedere. Atque hanc conclusionem pluribus aliis argumentis, nec non tum Cameralibus (quibus in dubio tenaciter inhærendum) tum aliarum præjudiciis novissimè confirmavit Jacobus Alemannus *d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 604. & plurimis subsequentibus.* nec non Hillerus prædicto *Responsio jur. num. 7. & seqq.*

221 Cui nihil derogat textus in *l. cum certum. 9. ff. de auro & argent. legat.* ubi Modestinus respondit: si certum auri vel argenti pondus legatum, & non species designata sit, sed genus, ut sit in mutuo, puta si quinque pondo legata sint: non materiam, sed precium sive æstimationem præsentis temporis præstari deberet: cujusmodi tempus præsens vix intelligi potest de tempore alio, quam quo solutio faciendâ est. Etenim verba ista (præsentis temporis) haud quaquam de tempore solutionis, sed tempore, quo testamentum est conditum, exaudienda sunt, per *leg. uxorem. 41. §. testamento. 4. ff. de legat. 3. & d. l. si ita. 7. ff.*

de aur. & argent. legat. ubi tam Scævola, quam Paulus æstimationem rei legata in dubio ad tempus conditi testamenti referri volunt: quod verisimilius sit, testatorem verba sua intellexisse de illa æstimatione, quam præsens vidit & scivit: cum futuram monetæ mutationem ne divinare quidem potuit, *argument. l. Julianus. 6. ibi, nec adventitii casus computandi sunt. ff. qui & à quib. manumissi liberi non fiunt. Pinel. ad rubric. Codic. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. numer. 23.*

Nihil item obstat, quod aliud sit res ipsa, & aliud ejusdem æstimatio: & id præstari oporteat, quod in obligatione est, *argument. l. si ita fidejussorem. 42. ff. de fidejussorib. & l. fin. C. de fideicommissariis libertatibus.* Atqui res, sive ipsa centum (exempli gratiâ) aureorum seu thalero-rum corpora in obligatione consistant. Hæc igitur, quantumvis eorum æstimatione mutata, præstari debeant. *Nam respondetur,* hoc argumentum falso inniti principio: quoniam præsupponit, aureum æstimari ex materia potius & auro, quam ex valore impositio: ac nummis creditis, non principaliter potestatem & valorem, sed corpora certa aureorum esse credita: quod superius sufficienter refutatum est *ex dict. l. 1. ff. de contrah. empt. & indicatum, nummum sub ratione quantitatis in mutuum deduci: adeoque non corpora aureorum, sed ipsum valorem mutuo dari.* Hic igitur si restituatur, recipit creditor, & quod in obligatione fuit, quodque ipsi debebatur.

Sic quoque nihil negotii facessit præallegata *l. credito-rem. 99. ff. de solutionib.* ex qua inferitur, quod quemadmodum creditor nummos in aliam formam recipere non cogitur, si damnum aliquod inde passurus est: ita nec pecuniam numeratam in æstimatione majori, quam expendit, accipere teneatur: cum haud sine damno id sit facturus. Creditor enim damnum nullum patitur, quando eandem pecuniæ æstimationem recipit, quam expendit. Nec cuiquam iniquum videbitur, auctæ æstimationis commodum creditori adimi: cum initio spontè usu pecuniæ sese abdicarit, contentus parem ejus æstimationem postea recipere: eoque æquius hanc, si quæ est, jacturam creditor feret, quod etiam spem commodi habet. Etenim si imminuta fuisset pecuniæ à se data æstimatio: debitor defectum illum similiter supplere teneretur; ita ut creditor eandem illam pecuniæ æstimationem, quam erogavit, habere posset. Et alias insuper tritum est, ex fortuito dubioque eventu neutrum læsum censerî, *argument. leg. si pater. 12. Cod. de inofficios. testament. leg. si olei. 21. Cod. de locato Philipp. Matth. ad dict. l. 3. Codic. de reb. credit. p. 42.* Ad plura alia argumenta, quæ in contrarium moveri solent, prolixè respondet Alemannus *d. consultat. 8. quest. princip. 2. pag. 701. & seqq.* Et eorum dissolutio haud difficulter ex subjectis responsis juris inclytæ Facultatis Juridicæ Tubingensis, colligi petique poterit. Sed & de istis monetalibus controversiis aliquot quæstiones novissimè diligenter explicuit Johannes Kitzelius in tract. *de jure monetar. clas. 2. 3. & 4. pag. 78. & multis seqq.*

Illud tandem singulariter hic notandum: quod licet casus fortuiti, in re debitâ incidentes, nullo planè judicio, & à nullo debitore præstentur. *leg. si ex legat. 23. ff. de verbor. obligat. l. quæ fortuitis. 6. C. de pignorat. act. l. 1. C. de commodat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ibique Delrio cap. 21. nisi in illâ restituendâ moram commiserit. l. quod te mihi. 5. ff. de reb. credit. l. si in Asia. 12. §. fin. ff. de posit. vel culpa casum fortuitum præcellerit. l. si ut certo. 5. §. quod verò. 4. ff. commodat. vel nominatim etiam aliud inter contrahentes cautum sit. l. 1. §. si convenit. ff. deposit. l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. d. l. si ut certo. 5. §. 2. vers. aut si hoc ab initio convenit. ff. commodat. l. juris gentium. 7. §. sed & si quis. 15. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. reg. jur. attamen hoc secus sit in certi conditione sive actione mutui, à qua casus fortuitus, quo res mutuo sumpta amissa est, debitorem liberare nequit. §. item is, cui 2. vers. & is quidem. infr. hoc tit. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. l. incendium. 11. C. si certum petatur.* Ejusque perspicua est ratio: quoniam is, qui debet ex mutuo, genus debet. *l. 2. in pr. & d. l. 3. ff. de reb. credit.* Quod autem in genere debetur, perire non potest. Nec enim genera quid sunt materiale, sed quid intellectuale, quod passio-

passionem non recipit, notante Gothofredo ad d. l. incen-
 227 dum. l. i. in verb. non exuit. C. si cert. petat. Præterea
 ille, qui rem mutuo accepit, ejus protinus dominus est ef-
 fectus, ut constat ex fine hujus principii. At rem domino
 suo perire, certo certius est. l. pignus. 9. C. de pignoratit.
 action. latè Bercholt. in Commentar. ad tit. ff. de reb. cre-
 dit. cap. 7. num. 26. cum seqq. & Kitzelius in exegesi. de
 oblig. mutui. cap. 7. num. 45. & aliquot seqq. pag. 261.

Porro ut prædicta omnia clarius elucescant :
 placet hîc subicere unum atque alterum Facul-
 tatis Juridicæ Tubingensis, super re nummaria
 seu monetali confectum consilium sive respon-
 sum : & primum quidem Anno 1622. Mense De-
 cemb. consulenti cuidam datum.

Facti Species.

228 **E**s hat wienland Herr N.D. beeder Rechten Do-
 ctor/ nun in Gott ruhend/ in Anno 1593. bey einer
 fürnehmen Stadt des Heil. Römischen Reichs/
 Sechzig gute und wichtige Goldgülden/ Jährlicher pen-
 sion, mit zwölffhundert Goldgülden/ auch gut an Gol-
 de und Gewicht/ zwar anfänglich erkauft/ doch ist die
 hierüber anffgerichtete Verschreibung/ nachgehends in
 Anno 1607. cassirt, und an deren statt ein neuer Güldts-
 Brieff/ zweytausend Gülden Capital besagend/ auffge-
 richt/ und darinnen bedingt worden/ daß von gedachtem
 Haupt-Gut jährlich ein hundert Gülden/ jeder zu funff-
 zehen Bagen/ oder sechzig Kreuzer gerechnet/ wie sie in
 erwehnter Stadt gang und gäbe. entrichtet/ wie inglei-
 chem/ fals die Herrn Gültreichere diese Gült wieder an
 sich lösen wolten/ solches mit zweytausend Gülden/
 an denen Sorten/ wie sie dazumbl in selbiger
 Stadt gang und geh seyn werden/ beschehen solle/ &c.

Weil dann anjeko wohlbesagte Herrn Gültreichere/
 des seeligen Herrn Gültkäuflers nachgelassen Erben/
 solches Hauptgut aufgekündet und vermuthlich entwe-
 der geringhaltige Sorten/ oder doch die gute Stück in
 solchem hohen Wehrt zu erlegen sich anmaassen möchten/
 wie anjeko in vie en Orten des Röm. Reichs/ und auch
 in ihr/ der Herrn Gültreicher Statt/ solche dieser Zeit
 in gemeiner Bezahlung verschoben werden : Und dero-
 wegen wir ends benandte/ billich ersuchet worden/ diß
 Orts ein in Rechten wohlgegründte Decision zu erthei-
 len. Als hat uns solches zuverweigern/ in keinem weg
 gebühren wollen : Haben demnach in unserm versamble-
 ten Collegio, dieses Werck mit gehörigem Fleiß erwogen/
 und einhellig darfür gehalten :

229 Ob gleich sonst bey den Reichs'ehrern ein sehr zweif-
 selige Frag/ (& de qua variè, confusè & perplexè Juris
 utriusque Interpretes scripserunt) wann in wiederlösung
 derogleichen Gülten/ der Sorten und selbiger Werth
 oder Güte ha ber Streit entstehet/ ob alsdann das tem-
 pus contractus, oder solutionis anzusehen : und zumahl
 in gegenwertigem Fall/ die Herren Gültreicher ihnen
 selbst singulari pacto prospiciet, und aufgedinget/ daß
 sie mit solchem Geld/ wie es dazumahl (da nämlich die
 Ablösung beschicht) geng und geb/ diesen Zins wieder an

230 sich kaffen mögen? Quo in casu, tempus solutionis inspi-
 ciendum esse, communiter ferè receptum est : pactoque
 contrahentium in qualitate solutionis omninò standum
 esse, Bartolus docet, in l. Paulus. 99. in fin. ff. de solutio-
 nib. Debent enim ea, de quibus inter debitorem & cre-
 ditorem conventum est, observari. Albert. Brun. de aug-
 ment. monetæ, in 2. præsupposito. num. 10. Ant. Sola, ad
 constit. Sabaud. tit. de pact. inter empt. & venditor. casu 17.
 Hincq; dicit Laudensis in tract. de monet. num. 13. in fin.
 quod Practicantes debeant attendere conventionem par-
 tium, in monetâ restituendâ, &c. Daß dessen jedoch al-
 les ohn angesehen/ die Herrn Gültreichere mit selbigem
 Münz und Wehrt so anjeko der Orten von wenig zeit-
 hero eingerissen/ der Ursach halber solche Wiederlösung
 nicht erstatten können/ in bedenkung/ dieses durch zuvor

unerhörte Confusion des Münz-wesens/ ac ita defacto,
 & quasi vi majeure, wider aller rechtgesinnter und verstan-
 diger Oberkeiten Wunsch und willen beschehen/ auch nir-
 gend in dem Römischen Reich (also noch weniger in der
 Herrn Gültreicher Stadt/ so wegen guter Policei und
 Ordnungen vor andern berühmter) lege vel statuto, aut
 edicto perpetuo angenommen/ sondern einig und allein
 per conniventiam necessariam, ad certumque tantum
 tempus (biß auff weitere Verordnung) geduldet/ auch
 mit allem Fleiß dahin getrachtet wird/ wie solche schäd-
 liche Unordnung ehest abgestellt/ und wiederum etwas
 Nichtigkeit in die Münz gebracht werden möchte. De- 231
 rohalben gegenwärtiger zeit Sorten/ und selbiger Val-
 vation für ein recht Lands: oder Stadtwehrt (quæ
 temporis aliquem tractum successivum, probabilemque du-
 rationem omninò requirit, & intendit) in keinen weg
 zuhalten ist. Und obschon in gemeinen Bezahlungen/
 auch kaffen und verkaffen/ solche angenommen wer-
 den : geschicht jedoch selbiges allein darumb/ weil hinge-
 gen alle Wahren/ auch ligend und fahrende Güter/ in
 ihrem Wehrt/ wie ebenmäßig alle Handwerck mit ihrem
 Verdienst/ drey oder vierfach auffschlagen : man also
 auff diese weiß ad aliquam proportionem seu æquabili-
 tatem inter pretium & rem emptam, &c. gelaugert. Dahin-
 gegen/ wann in wiederlösung der Gülten/ einer/ so vor-
 zeiten gut Geld und schwere Gulden/ aufgeliessen/ anje-
 ko geringe/ oder höchstgestaigerte Taler/ und deroglei-
 chen Sorten annehmen müste/ selbiger contra omnem
 Justitiæ commutativæ rationem, nicht das Viertel des-
 sen/ so er hingeben/ wieder empfinde. Id quod non solum
 charitas Christiana & canonica, iplaque naturalis ratione
 sensus communis notoriè detestatur : sed & Juris civilis
 Interpretes abnuunt uno ore. Etenim monetæ esse cal- 232
 culandas ac æstimandas, non prout Mercatorum abusus
 introduxit, sed prout quantitas metalli ferre solet, tradit
 Caspar. Anton. Tassaurus tract. de augment. monetæ. n. 41.
 Licet enim pecunia soleat à communi usu recipere æstima-
 tionem : communis tamen cursus à vero valore haud ita
 longè aberrare debet : ut ibidem innuit modò laudatus
 Tassaurus. Et graviter hac de re differit Johan. Mariana,
 Theologus à Societ. Iesu in tract. de Instit. Regis. cap. 8.
 lib. 3. fol. 269. & Bodinus lib. 6. de Republ. cap. 3. à prin-
 cip. Absolum ideo & nullum esset statutum (præsertim
 Principis, aut Reipublicæ inferioris) si nummum ita ini-
 que æstimaret : ac proinde secundum talem absolum æsti-
 mationem creditoribus suis satisfacere vellet.

Et quod in monetâ, perpetua inspicere æstimatio debeat ; 233
 non ea, quæ ad certum tempus inducitur, vel toleratur ;
 evincunt quoque ea, quæ habet Martinus Laudens. in d.
 tract. de monet. num. 13. vers. si autem esset reprobata, &c.
 Dn. Ernestus Cothman. consil. 34. num. 82. & seq. vol. 1.
 Et est textus hanc in rem expressus in l. 1. in princ. ibi,
 publica ac perpetua æstimatio. ff. de contrah. empt. l. 3. ibi,
 cum certa sit nummorum æstimatio. ff. de in lit. jurand.
 Consentit quoque l. 3. ff. de eo, quod certo loco, &c. Si-
 que pro nummo (sive für ein Wehrt) haberi illa æsti-
 matio nequit, quæ perpetua haud existit. Ac quod ipsis in
 terminis nostris mutatio numismatum, quæ modico tem-
 pore duravit, vel duratura est, nullo pacto consideran-
 da sit, nec ejus ratio debeat haberi, Bartolus tenet, in d.
 l. Paulus col. penult. ff. de solutionib. quem communiter
 alii sequuntur ; ut fatetur Panormitanus adductus & ap-
 probatus à Didaco Covarruv. in collat. veter. numism. cap.
 7. n. 4. ad fin. qui tamen regulariter tempus solutionis, in
 reddituum reversione, pertinaciter urget. Quo etiam con- 234
 fert elegans Pauli JC. responsum in l. pretia rerum. 63. §.
 fin. ff. ad leg. Falcid. ubi inquit : Non ex momentis tem-
 porum, nec ex eâ, quæ raro accidit, caritate, pretia con-
 stitui. Multo minùs ergo incerta illa nummi, indiesque
 varians expensio, pro verâ æstimatione haberi debet. Et
 ita cum justè veremur ; valoris augmentum, vel decre-
 mentum propediem rursus mutatum vel abrogatum iri ;
 tum etiam ex mente eorum Auctorum, qui aliàs dicunt,
 respiciendum esse hoc nostro in casu ad solutionis tempus,
 potius attendi debet præcium & bonitas nummorum, qua-
 les ii fuerunt tempore contractus celebrati. Et sanè præ-
 sentis

235 *sentis temporis vilis moneta, probiorisque iniqua aestimatio, durabilis praesumi nullo modo debet* Quippe diu durare moneta vilior, in eodem statu propterea non potest: quia difficultates commerciorum, & id genus alia quamplurima incommoda, ex monetae deterioratione, quantumvis publice instituta, suborirentur: semperque ita metuendum est, ne brevi, vel in totum vilior illa tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur; vel si neutrum horum eveniat, ipso Populi tacito consensu aliud introducatur. *Andr. Kohl. exer. 18. n. 1. vers. quinto quia cum moneta &c.* Proinde omnino contra bonam fidem foret: si quis timens, imò praevidens talem, necessariam monetae depretitationem, annum censum quem diu solvit, & porro etiam alias soluturus esset, maximo cum emptoris detrimento redimere vellet.

236 *Welchem allem kein Hinderung geben solle / daß in der Hauptverschreibung obangedeuter massen / solche Münz bey der Ablösung angedingt / die der Zeit geng und geb seynd.* Dann die contrahentes [utpote quorum verba in proprio & juridico sensu intelligi debent] dieses für kein recht gangbar und gebe Münz oder Wehrung vermuthlich gehalten / so nicht perpetuo edicto, auch nicht billicher massen / sondern per abusum introducirt, & ad tempus toleriret wird: cum maximè in omni obligatione & dispositione, utcunque verba generalia & praegnantia sint; semper tamen per jura vulgata, ipsumque recte rationis instinctum, exclusus censeatur is casus, per quem alterutri parti summa iniquitas, & damnum evidens suboriretur: praesertim si eo de eventu, nullo modo cogitare, eumque providere contrahentes potuerunt, *arg. l. cum Aquiliana. §. ff. de transactionib. ubi Dd. & Afflictus Decis. 403. n. 4.* Nemo autem negare potest: praesentem rei monetariae depravationem non solum injustam planè, ac perniciosam: sed & in Imperio Romano-Germanico inauditam prorsus esse; similemque in nullis ferè rerum gestarum monumentis inveniri.

Dem allem nach wir noch der beharrlichen Meynung seynd / daß dieser unbeständig / und zumahl des Heiligen Römischen Reichs vortrefflichen Satzungen gar zuwiderlauffende / auch gemeinem Wesen so hoch schädliche Werth der groben Sorten / und selbigem nach sich regulirende geringe Münzen / in diesem Jahr von den contrahenten weder verstanden oder gemeindt / noch auch von rechtswegen von den jetzigen Gültinhabern / wider dero willen angenommen / sonder dieses Hauptgut länger verzinsset werden; oder doch die Herrn Gültreicher die Ablösung in solchen Sorten und Werth / wie sie vor dieser laidiger ungebührlichen Staigerung der Münzen / in ihrer Stadt gangbar gewesen / vornemen müssen.

Quemadmodum supra decisivè continetur: ita nos Decanus & reliqui Professores Facultatis Iuridicae in Academia Tubingensi, secundum ea, quae nobis in superscripta Facti specie ad consultandum proposita fuerunt (solà veritate & iustitià pro oculis habità) unanimiter sentimus, consulimus, & juris esse respondemus: salvo tamen semper melius sentientis iudicio. In quorum fidem consuetum Facultatis nostra Sigillum apprimi curavimus. Actum in Collegio nostro, secundo die Decembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentissimum, vigesimo secundo.

Secundum Amplissimi Collegii Juridici
Tubingensis Consilium, super re nummaria seu moneta compositum, mense Junio
Anno 1623.

Facti Species.

237 *Man hat an einem Ort von unterschiedlichen Personen / die sich angebotten Geldt herzuliehen / und solches anzunehmen / fleißig angehalten und gebåten / ein starke Anzahl tausend Gulden in Annis 1621. und 1622. und eben wie das Geldt hochgestiegen uff Jahr-*

liche pension fünff vom Hundert / zu damahlen bevorstehender und besorgender Noth / auffgenommen / und seynd die Ducaten zwar zu 10. 14. 15. die Goldgulden zu 10. 11. die Thaler aber zu 8. Gulden und dann ein gute Anzahl 1000. Gulden an Barreutern / Amberger / und dergleichen Sechspäknern aufgezehlet / die obligationes aber alle uff Rheinische Gulden in Münz / wie die Beylagen A. B. C. und D. zuerkennen geben / gerichtet und gestellet worden.

Nun begibt es sich / daß in diesem 1623. Jahr / als man an gedachtem Ort solche Münz noch den mehrern Theil bey einander gehabt / von den Fränckischen / Bayerischen und Schwäbischen Craiß-Münz Ständen und Probations Rhaten / die grobe / guldene und silberne Münz-Sorten hoch herunder / als nemlich der Ducaten zu 2. Gulden 20. Kr. der Goldgulden zu 1. Gulden 44. Kr. der Thaler aber uff 1. Gulden 30. Kr. devaluiret, die Barreuter / Amberger und dergleichen Sechspäknern aber gang und gar verruffen und verbotten worden. Dahero dem Ort / da solchs Geldt auffgenommen worden / ein überauß grosser Schad und fast gänzlich Verderben bevorstehet / wann man jetzt den Creditoribus die Bezahlung / so vieler Tausend Gulden leisten / und ihnen den Ducaten / Goldgulden und Thaler / welche man so hoch / wie obvermelt / eingenommen / nach der geringen Valuation wieder leisten sollte: Als zum Exempel / wann einer an hundert Ducaten jeden per 15. Gulden gerechnet / fünffzehnhundert Gulden hergeliehen / ob man denselben nach obgesetzter devaluation anjetzt 642. Ducaten und 2. Gulden Münz / und also umb 542. Stuck und 2. Gulden mehr / als empfangen und hergeliehen worden / bezahlen müste.

Gleiche Proportion hat es auch mit den Goldgulden / als wann einer an hundert Stucken / jedes zu 10. Gulden gerechnet / Tausend Gulden hergeliehen / müste man demselben / nach dem Absatz / da jetzt der Goldgulden uff 1. Gulden 44. Kreuzer aestimirt, fünffhundert sechs und siebenzig Stuck / 96. Kreuzer / und also hundert Stuck / die erlegt worden / vierhundert sechs und siebenzig Stuck / sechs und neunzig Kreuzer / mehr als man hergeben / bezahlen und richtig machen. Hat einer fürs Dritt / an hundert Stuck Thaler / jedes zu acht Gulden / Achthundert Gulden hergeliehen / müste man demselben / nach der devaluation, da der Thaler uff ein Gulden 30. Kr. gesetzt worden für ein hundert / fünffhundert dreißig drey Stuck / und ein Dritttheil / und dreißig Kr. und also umb vierhundert / vierthalben und dreißig Stuck mehr / als hergegeben worden / wieder contentiren und bezahlen.

238 *Wann dann hierdurch wie obgemelt / der debitor nicht allein ultra dimidium, sondern auch ultra quadruplum und quintuplum mercklich lädiret / und in eufferstes Verderben und Schaden gesetzt würde; Als treibt ihn die Noth sich über nachfolgende Fragen Rechtens zu erhohlen.*

Erstlich / ob nicht der Creditor, unangesehen in den obligationibus der Specierum, darinn er das Geldt hergeliehen / auch des hohen valoris nicht gedacht / sonder alles dem damahligen hohen Anschlag nach / auff Rheinische Gulden in Münz gerichtet / jedes Stuck Sorten an Ducaten / Goldgulden / und Thaler / in dem valore, wie sie hergeliehen worden / als den Ducaten zu 10. 14. und 15. Gulden / den Goldgulden zu 10. 11. und den Thaler zu 8. Gulden, ungeacht der jetzt erfolgten / und noch vielleicht ferner erwartenden devaluation, in der Bezahlung wiederumb anzunehmen schuldig und verbunden seye?

Und weil theils obligationes, wie lit B. C. und D. aufweisen / auff etliche Jahr gestellet / ob nicht dieselbe durch die erfolgte / und vielleicht mehr erfolgende devaluation enervirt, und die Creditores schuldig seyen / ihre vor einem Jahr in hohem Werth hergeliehene Sorten / auff die jetzige und künftige devaluation, dem Rheinischen Gulden in Münz nach reduciren und herunder setzen zulassen? und ihnen solches anzuzeigen / damit die obligationes daruff de novo gestellet werden möchten?

Ob nicht auch die obligationes deren Creditorum, welche vor einem Jahr Barreuter / Amberger und andere

derer Sechspäcker / so anjetzt alle mit einander verruffen / hergeliehen / durch die Verruffung unkräftig gemacht worden? und von rechtswegen / unangesehen die obligationes auff etliche Jahr / so noch nicht verlossen / wie die Beylagen mit B. C. und D. aufweisen / sich mit eben den Münz-Sorten / so sie tempore contractus hergeliehen / wieder alsba den an Hauptsummen und Interesse contentiren lassen müssen?

Ob nicht auch die Creditores, so grobe Sorten an Gold und Silber hergeben / die Interesse in gleicher Wehrung / als den Ducaten zu 10. 14. 15. Gulden / den Goldgülden zu 10. 11. Gulden / und den Thaler zu 8. Gulden wiederum anzunehmen schuldig und verbunden seyen? Oder ob man die Interesse, so nach der devaluation verfallen / mit Thalern zu 1. Gulden 30. Kreuzer / Ducaten zu 2. Gulden 20. Kr. Goldgülden zu 1. Gulden 44. Kr. richtig machen und bezahlen müsse?

Weil in etlichen obligationibus, wie litera B. zu erkennen gibt / die Creditores sich wegen der Hauptsummen und Interesse also caviren lassen / daß man ihnen dieselbe an guter Reichsmünz: oder wie bey litera C. zusehen / an guten / gangbaren und solchen Münz-Sorten / wie alsdann das Geld an solchem Ort gang und gültig seyn würde: oder wie Beylag mit litera D. aufweist / an guter gangbarer und an diesem Ort gebräuchlicher Münz bezahlen und richtig machen solle: Ob nicht unangesehen solcher Clausel / der Creditor sich mit dem valore, wie er solches tempore contractus hergeliehen / sowohl an Hauptsummen und Interesse contentiren lassen müsse? Und die Clausula weiter und ferner nicht würde / dann daß man ihme das Geld an Sorten / die an dem Ort gangbar und gültig / bezahlen solle? 6. Weil sich auch begibt und zuträgt / daß etliche Creditores, welche den Thaler umb 8. Gulden hergeliehen / das davon verfallene Interesse uff verschießen Lichtmeß mit fleiß nicht eingefodert / sondern bis uff die jetzige merckliche devaluation, dadurch der Thaler uff 1. Gulden und 30. Kr. gefallen / anstehen lassen / wird gefragt / ob man rechtswegen ihnen den Thaler nach 8. Gulden / oder nach dem jetzigen devalvierten werth per 1. Gulden und 30. Kr. zu bezahlen schuldig seye?

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

Demnach wir Decanus und andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner hohen Schul zu Tübingen / über hie vorgesezte Speciem Facti und dero angeheffte unterschiedliche Fragen / unser rechtliche Meinung zu eröffnen / gebührend ersucht worden / solches auch in keine wege abschlagen sollen: Als haben wir dieses ganze Werk / seiner Wichtigkeit nach (und weil es besonders ein merckliche Consequentz uff sich haben thut / auch bey gegenwertigen zuvor unerhörten Berenderungen der Münzen / und selbiger valor oder Werths / eben derogleichen Stritt sich ohne zweiffel noch mehr ereignen werden) in unserm versammelten Collegio reifflich erwogen / auch sowohl die natürlich und Christliche Billigkeit / als gemeiner beschriebnen Rechten Verordnung und Reichsstatuten alleinig vor Augen habend / so viel befunden / daß ex parte der Gültverkäufer und Creditorum nicht unscheinliche Behelf uff die Bahn gebracht / und darauf geschlossen werden möchte / daß so viel die Erste hieroben proponierte Frag (ex cuius decisione reliquarum omnium resolutio dependere videtur) betreffen thut / der Herr Debitor oder Gültverkäufer sowohl den Zins / als auch ins künftige das Hauptgut / zu zeit bestimmter Ablösung / an dero in der verschreibungen benandter guter Münzen und Wehrung abzustatten schuldig / auch sich dessen sine notâ fractæ & non servatæ fidei, in keinen weg verweigern möge.

Rationes dubitandi.

239 Dann erstlich die Creditores den lautern tenorem uns überschaffter unterschiedlicher Instrumentorum, und zu denen sich der Herr Debitor unverneinlich bekennen muß /

vor sich anzuziehen haben / und darauf ihr intention paratissima liquidissimaque probatione fundiren oder belegen können / angesehen / in der ersten Obligation mit lit. A. gemerckt / außdrucklich gesetzet zu finden / das in des Herrn Debitoris Rent-Cammer / Caj Sempronii Wittib 1000. Gulden Rheinisch in Münz / je fünfzehn Bagen oder sechzig Kreuzer für einen Gulden gerechnet / uff gebührende Verzinsung angelegt / solche Summa Geldts auch hochgedachter Herr Gültverkäufer al o baar von ihr empfangen habe: darauff geredend und versprechend / obbestimmte Tausend Gulden (id est, Rheinisch in Münz) hinführo jährlich zu verpensioniren. Die andere Verschreibung sub litera B. ist noch stärker / Unangesehen / sie nicht allein jetzt gedachter in deme gleich / daß der Herr Gültreicher bekennet / und angichtig ist / Er habe 8000. Gulden Rheinisch / in Münz / 20. also baar empfangen / sondern es wird zumahl darinnen versprochen / dem Creditori oder seinen Nachkommen / die bemelte 8000. Gulden zur Zeit verglichner Ablösung / an guter gangbarer Reichsmünz zu bezahlen.

Ingleichen ist die dritte Verschreibung mit litera C. notiert, uff Rheinisch in Münz / soviel die Anlehnung betrifft gerichtet: insonderheit aber bedinget / daß sowol der Zins / als zur Zeit der Ablösung das Capital, an guten gangbaren und solchen Münz-Sorten / wie alsdann / und zu jeder Zinszeit / das Geld bey des Herrn Gültverkäuffern Rent-Cammer im Einnehmen und Aufgeben gang und gültig seyn wird / bezahlt werden solle.

Die letzte Obligation sub lit. D. beweiset ebenmäßig / daß der Gültreicher drey Tausend Gulden Rheinisch in Münz empfangen / auch solche nach bestimmter Zeit / an guter gangbarer / und bey seiner Rent-Cammer gebräuchlicher Münz wieder zu bezahlen / Immitte's aber jährlich mit Rheinisch in Münz zu verzinsen versprochen / 20.

Nunc autem certi juris est: instrumentum facere probatam probationem non probandam, Bald. in l. quæties. C. de judic. & dicitur veritas apparens, secundum Baldum in l. Imperator. ff. de stat. homin. & in l. interest. in ultim. notab. C. de solut. Curt. lun. consil. 109. num. 20. Instrumentum item reputatur facere rem certam. Bartol. in l. 1. in princ. num. 8. ff. de novi oper. nunciat. Decius consil. 302. colum. fin. & probationem manifestam, Bald. in l. 2. colum. 2. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores, Ec. Paris. consil. 104. n. 64. part. 1. Natta consil. 177. num. 1. & consil. 502. num. 8. adeo, ut contra tenorem instrumenti probatio non admittatur, nisi per aliam scripturam l. generaliter. 13. C. de non num. pecun. Et sic etiam verba; dedit, ac consignavit (angelegt / von ihme empfangen und eingenommen) quibus nempe Dn. Debitor utitur, numerationem & traditionem probant, Alexand. consil. 146. incip. videtur inspectis. num. 9. vol. 1. Et ipsis in terminis nostri casus, quando in Instrumento obligationis declaratio vel æstimatio pecuniæ invenitur: tunc illa declaratio & æstimatio attendi debet: ut Bartol. in l. Paulus. 99. (alias incipit, debitorem sive creditorem) in fine. ff. de solutionib. & in l. si quis stipulatus fuerit decem. 57. ff. eod. ut & in l. sed addes. 19. (alias. 21.) §. si dominus. ff. locati. Anchoran. in Clement. si beneficiorum. 2. circa finem. ubi etiam Imola. de decimis. post Baldum in consil. 339. incip. punctus questionis. vol. 2. aliq. tradunt.

Welches alles zum andern / dis Orts desto mehr statt haben / und das dem lautern teutschen Inhalt obangedeuter Verschreibungen / sowohl mit reichung des Zins / als Abstattung der Hauptsummen / soviel die Sorten antrifft / nachkommen und gelebt werden solle / verschaffen thut: weil diese Verschreibungen denen darinn begriffenen Umständen nach / ein Fürstliche hohenstands Person von sich gegeben / auch diesem Versprechen treulich und ohngefährde folg zuthun / zugesagt / und sich verschrieben. Principes autem, aliique Magnates & publicæ personæ, ad fidem servandam cum primis adstringantur l. 1. §. 1. ibique Dd. ff. de pact. ut & in l. 1. ff. de const. pec. Inmassen man dann zugleich ex Meterano, Petro Matthæo, Rudolpho Boterejo, aliisque Historicis hujus seculi, sich zuentsinnen hat / zu was hohem Unglimpf Königlich Majestät in Hispanien / Philippo Secundo, es

es gebitten worden/das selbiger den Genuessischen Kauff-
leuten ihren auch unbillig gesuchten Vorthail/ und wu-
cherlichen Angennuß abgeschnitten: Weil solches mit
etwas Abbruch der Obligationen oder Verschreibungen/
und selbiger klaren Inhalts beschehen.

Zum dritten/ kan diß Orts für die Creditores mit son-
derbahrem Schein eingewendet werden/ daß sie gute/
und derzeit gangbar geneme Gulden hergeliehen/ darumb
auch ihnen so viel Gulden/ an Sorten und dero valor,
wie solche jederzeit im Schwang gehen/ wieder aufge-
244 zehlt werden solle: cum moneta secundum temporum &
regionum placita vel morem censenda sit & æstimanda,
argum. l. si servus. 40. §. ult. ff. de legat. 1. (weil fürnem-
lich der Herr Debitor diese Hauptgüter/ wie in facti spe-
cie erwehnet/ zu damahl bevorstehender und besorgender
Noth/ & ita utiliter aufgenommen/ auch die erhefte
Sorten für so viel Gulden/ als er selbige empfangen/
wieder aufgeben können. Idque si forsan non factum
fuit: haud creditoribus, sed sibi met ipsi imputare debet.
Et etiam si floreni sint in solutione, ac ex partium con-
245 ventione thaleri, vel alia grossa moneta in æstimatio-
nem fuere deducta: tunc moneta mutatio non attendi-
tur; sed tot sunt floreni reddendi, quot in obligationem
deducti fuerunt, argum. c. quanto. 18. ext. de jurejurand.
Bartol. in d. l. Paulus. 99. ff. de solutionib. Boër. decis. 327.
num. 10. Covarruv. de collat. veter. numismat. c. 7. §. unic.
conclus. 7. Gabriel. Roman. commun. conclus. lib. 3. t. de
solut. conclus. 2. num. 8. Menoch. consil. 49. num. 10.

Darzu dann fürs vierte auch dieses kompt/ daß die Cre-
ditores nicht eben ein gewissen Gewinn/ wann ihnen
gleich die Verschreibungen dem Buchstaben nach gehal-
ten würd/ zugewarten: sonder es gar wol dahin hätte
gelangen mögen/ ja es kan sich noch begeben/ daß zur zeit
schuldiger Ablösung die Sorten noch höher gehen/ oder
246 ärger werden/ daß sie zur zeit der Anlegung gewesen. Sem-
per enim tempus minuit monetam: priorque melior repu-
tatur posteriore, Wehner. in pract. observat. de verb. signi-
ficat. verbo. Goldgulden/ à principio, fol. nobis, 230. Und
wie jüngst vorgeweste/ auch noch in viel Orten unabge-
stellte Stangerung und Unordnung der Münzen zuvor
nie erhört/ auch von keinem Verständigen niemahl ver-
muthet worden: Also kan vielleicht über etliche Jahr
noch ein grössere Zerrüttung erfolgen/ und die vorgenom-
mene Verbesserung des Münzwesens den vorhabenden
Zweck nicht errreichen/ oder in die Harr keinen Bestand
haben. Quod enim semel factum: iterum, & adhuc plu-
ries fieri potest: ac semper in Mundi theatro eadem fabu-
la agi solet: in pejusque indies cuncta ruunt, retroque sub-
247 lapsa referuntur. Et inde bonæ leges ex malis moribus
natae, raro durationem habent: sed à causa impulsiva, ma-
litia nempe hominum, quæ iis ansam dedit, tandem supe-
rantur: & plerunque doctâ plus valet arte malum.

Wann dann dieses der Creditorum vermeinte lucrum
nit gewiß/ sondern ex incerto eventu dependiret, und
obverstandner massen/ daß zur Zeit des Contracts gewe-
ste verwirrete Münzwesen bey der Ablösung noch weh-
248 ren oder ärger seyn können: Als folget hierauf/ quod ex
incerto hoc eventu dependens lætio, nullo modo debeat
considerari. Dd. in l. 1. ff. de in lit. jurand. Cynus in l. fin.
§. sed neque C. communia de legat. Bartol. in l. inter sti-
pulantem. 83. §. sacram. 5. & ibidem Zasius n. 18. ff. de
249 verbor. obligat. Et incertitudo facit licitum, quod aliàs il-
licitum est, Gail. lib. 2. observ. n. 8. Inmassen dann eben
in terminis mutui, derjenige/ so Wein oder Korn mit
dieser Condition außlenhet/ daß ihm solches im folgenden
Herbst oder Ernd in gleicher mensur wieder erstattet
werde/ solches in dero Güte/ wie es Ott der Herr
wachsen läst/ zu empfangen hat/ argumento. l. omnia.
7. §. l. vin. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Dd. ad l. 3. ff. d. tit.

Und letztlich möchte ebenmäßig gesagt werden/ daß
die enderung des Münzwesens den creditoribus desto
weniger schaden/ oder der Verschreibung einen Abbruch
gebehren solle: Weil im Fall man diese mutationem rei
monetariæ nicht pro incerto eventu, sed pro indubitato
contingenti halten wolte: Alsdann der Herr Debitor o-
der Gulttreicher/ und dessen Rhät/ solches gewiß/ oder

wissen können und sollen/ dero wegen tanquam volen-
tes & scientes sich keiner læsion zubeklagen haben: cum 205
volenti injuria non fiat, per jura vulgata.

RATIONES DECIDENDI.

Dessen jedoch sämptlich/ und was sonst weiter/ zu 251
behueff der Creditorum fürgebracht werden möchte/ (und
wir in guter Obacht gehabt/ aber geliebter Kürze halb
allhero zu setzen unterlassen) unangesehen/ seynd wir der
endlichen einhelligen Meynung/ daß unverhindert selbi-
ger Wort und Clausularum, so in den vorerwehnten ob-
ligationibus zu finden/ nichts destoweniger zur Zeit der
Ablösung und beyraichung der Zinsen/ die Sorten in
dem hochgestaigerten Werth/ wie sie außgeliehen/ hin-
wiederumb auch von den Creditoribus an: und einge-
nommen werden müssen. Etenim mutatione monetae 252
facta: cum, ut plerunque sit, dubitari solet: an ne tem-
pus solutionis, num verò contractus attendendum sit?
communissimè responderi consuevit; sive mutata sit mo-
neta extrinsecâ in bonitate, hoc est, In der valvation
oder æstimation, daß sie nemlich jeso mehr oder wenis-
ger gillt/ als zuvor; sive intrinsecâ, hoc est, materia, pôn-
dere & qualitate, im Korn/ Gehaltdt und Gewicht: sem-
per secundum eam bonitatem faciendam esse solutionem,
quam habuerunt nummi tempore contractus. Gail. lib.
2. observ. 73. num. 7. Sixtin. de Regalib. c. 9. num. 177.
fol. nobis. 158. Borcholt. de feud. ad c. unic. qua sint re-
galia. n. 62. & 58. Mynsing. cent. 4. observ. 1. Zas. lib.
1. singul. resp. 1. num. 25. Thesaur. decis. 174. num. 1. Ioan.
Köppen. decis. 1. Cothman. consil. 36. per tot. Idque sequi-
tur quoque Camera Imperialis stylus, Gestalttsame dann
in dem jenigen consilio oder Responso juris, welches Joh.
Wolffg. Hillerus, U. J. D. in hac ipsa materia, ohnelängsten
zu Augspurg trucken lassen/ nicht allein viel præjudicia, son-
der zumal in einem andern deme bengesetzten Bedencken
num. 10 & seqq. etliche unterschiedliche Cammergerichts
Urtel und Mandata von Wort zu Wort erzehlet/ so sampt-
lichen dahin gehen/ daß ein Creditor sein außgeliehen Geld/
in eben selbigen Sorten/ und dero Werth/ oder andern
Münzen/ doch in allweg gleicher Güte zu erfodern be-
fügt/ auch in keinen Weg in ringern Sorten anzunehmen
schuldig/ also indifferenter das tempus contractus oder
der Anleihe anzusehen/ und selbigen nach die Bezah-
lung reguliert oder gerichtet werden solle. Generaliter
itaque attenditur ac consideratur valor, qui fuit tempo-
re contractus; tantusque reddendus est, quantus tempo-
re contractus, legis, aut sententiæ fuit constitutus; quem-
que tum pecunia habebat: sive postea illa crescat, sive
decreascit in valore. Utrumque enim cedere æquè potest
in detrimentum aut commodum, tam debitoris, quàm
creditoris: aque adeo ex naturâ rei utriusque æqua con-
ditio est: ut Theologus & Jureconsultus maximi nominis
Ludovicus Molina in tract. de justit. & jur. tom. 2. disp. 312.
num. 3. & seqq. deducit. Quemadmodum etiam egregius 253
& subtilis Jureconsultus Johannes Petrus Surdus tom. 2.
consil. 120. irrefragabiliter edocet: quod, etsi solutio se-
cundum conventionem fieri possit de monetâ corrente
tempore solutionis: attendi tamen valor libræ, qui erat
tempore contractus, & secundum illum fieri solutio de-
beat: ita ut, si tempore conventionis tredecim libræ con-
stituerent aureum, & nunc de monetâ novâ, quæ est vi-
lior, & magis ære commixta, decem & septem requiran-
tur: tunc teneatur debitorolvere decem & septem pro tre-
decim antiquis: cum nempe communis conclusio sit, 254
quod ubi moneta facta est deterior in intrinsecâ bonitate,
vel in pondere: solutio fiat de monetâ antiquâ, vel de no-
va ad valorem antiquæ. Bartol. in d. l. Paul. n. 6. ff. de so-
lution. & in l. cum quid. 3. n. 17. ff. de reb. cred. si cert. pet.
Et hanc quoque dicit magis communem Alexander ibi,
n. 16. & Socinus in consil. 298. vol. 2. ait, ita communiter te-
nere Legistas & Canonistas. Consentit Brunus in tract. de
monet. in 1. part. n. 1. Hocque procedere etiam ibidem Sur-
dus dicit in monetâ indeterminata: ut sunt floreni, libræ,
&c. ita ut nihilominus solutio fieri debeat secundum æsti-
mationem antiquæ. Hincque concludit, quod dari non
possint

possint centum libræ de pecunia contaminata, loco centum librarum antiquarum, quæ erant preciosiores. Et insuper quoque Surdus censet; quando conveniunt partes, quod solutio fiat de monetâ corrente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse secundum valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam vel conventionem aliud nil operari, quàm quod debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ. Allegat, *post alios multos*, itidem Oldradum *in consil. 250. n. 3. vers. ad secundum*, &c. qui dicit, stante statuto, quod solutio possit fieri de certâ monetâ, eam debere reduci ad æstimationem antiquæ: quia statuti intentio fuit non augere, vel minuere obligationem, sed demonstrare, de quâ monetâ solutio fieri debeat. Et quæ hætenus ex Surdo recensita sunt; ea pariter singulari responso comprobatur idem Surdus *tom. 3. consil. 368.* ubi inter alia *n. 16.* scribit: si æstimatio grossæ pecuniæ est aucta, & minutæ bonitas intrinsecus est mutata, licet non sit mutatus valor: tunc si ex decem florenis mihi debitis poteram tempore contractûs habere tres aureos; nunc autem plures floreni requiruntur: teneberis mihi solvere tot florenos, cum quibus possim emere tres aureos; quemadmodum potuissim tempore contractûs. Cum verò aurei valor creverit absque vitio monetæ inferioris: tunc interesse non considerabile esse, putat. Quodque hoc etiam procedat, si floreni sint in obligatione: præter ea, quæ hætenus ex Surdo sunt relata, sequenti quoque consideratione roborantur. Nam etsi florenis [sicut in Italiâ plerisque locis, libris] tanquam imaginariis, & numeralibus, ut ita dicamus, monetis, aliarum monetarum precium calculetur; hique floreni, quoad baciorum ac cruciferorum numerum, semper immutabiles maneant: ii tamen floreni, relatione factâ ad currentes monetas, intrinsecam quodammodo recipiunt bonitatem: & hac inspectâ intrinsecâ bonitate, imaginarium admittunt decrementum vel incrementum: In dem nämlichen die Gulden / so an schlechten ringen Münden aufgezahlt werden / anjeko bey weitem nicht so gut seyn / als da die minuta moneta weit besser gewesen. Consentit Caspar Anton. Tessaureus *in prædicto Tract. de augm. monet. part. 1. n. 27. 44. &c.* ubi inter alia dicit: animadvertendum esse, quot floreni illius monetæ, quæ ingreditur sive efficit florenum, tempore contractûs constituerint Ducatum (vel Thalerum) & quanti nunc illa moneta argentea in florenis æstimetur: ac juxta illam æstimationem, dandum esse floreni valorem in alia moneta, tempore solutionis corrente. Et ita quoque intelligendus est Anton. Faber *in tract. de var. nummor. debit. solut. cap. 9. vers. post eundem hoc unum requiro*, &c. Ex quo loco colligitur: tum demum in obligatione librarum totidem libras esse reddendas, si libræ intrinsecus nec auctæ, nec diminutæ sint. Similiter respondet Alciatus *consil. 115. in fin.* Si obligatio consistat in libris vel florenis: quod libræ vel floreni solvi debeant illius bonitatis, cujus erant floreni tempore contractûs. Idemque repetit *consil. 586. in principio*: & ad stipulatur Cephalus *consil. 31. num. 12. vers. nec est verum*, &c. Ex cujus traditione colligi potest: si non solverentur floreni secundum bonitatem, quæ erat tempore promissionis: quod tunc plus vel minus, ratione subsecuti augmenti vel decrementi solveretur, quàm in stipulationem deductum fuit. Hancque sententiam item communem dicit Anton. Tessaureus *decis. Pedem. 174. num. 6. vers. sed adverte*, &c.

Zum andern / und weiln jetzt aufgeführter massen / der Creditor kein ärgere oder schlechtere Gulden / dann Er aufgeliessen / anzunehmen getrungen werden mag: Also ist ebenmäßig und im Gegenspiel wol folgig zuschliessen / daß Er zugleich keine bessere oder schwerere / dann Er hingeliessen / zu erfordern berechtigt seye / der Debitor oder Gültreicher auch dahin mit recht oder suegen nicht an-
257 gehalten werden möge. Contrariorum namque eadem est disciplina. *can. hospitium. 32. Distinct. l. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. initio Instit. eod. l. qui accusa- re. 8. ff. de accusationib. l. & si contra. 35. ff. de vulg. &*

pupill. substitut. l. Pomponius. 4. §. sed & is. 2. ff. de procuratoribus. l. fin. in princip. ff. de legat. 3. Idque maximè procedit, quando par eademque utrobique ratio existit, *argument. l. si quis negocia. 23. ff. de negot. gest. l. ea lege. § 1. ff. locati. Nic. l. Everhard. à Midelburg. in locis legalib. loc. à contrario sens. num. 8. & seq.* Ac item natura cor-
relativorum est; ut dispositum in uno ex ipsius correlati-
vis, censeatur dispositum in alio. *Hippolyt. de Marsil. sin- gular. 398. incip. in scis. &c.* ubi dicit, quod regula (quæ est: quod illud, quod non dixit lex, nec nos dicamus) haud habeat locum in correlativis. Licet enim lex tantum faciat mentionem de uno correlativo: tamen idem censeretur in alio constitutum. Nunc autem debitor & cre-
ditor correlativa sunt: & ergo, quemadmodum in eo
omnes hodie ferè conveniunt Jureconsulti; quod pro flo-
renis, in bona & proba moneta veteri expensis, nemo co-
gatur accipere monetam ærosam & novam, aut occasio-
ne hujus novæ improbæque monetæ Thaleros, Ducatos,
&c. ex mero abusu, ratione extrinsecæ & putativæ boni-
tatis, nimium auctos: *quod & roboratur per textum in c. cum olim. 19. ext. de censibus.* ita è contrario, & adhuc magis dicendum est; debitorem non posse cogi, ut pro tali ærosa, vel nimium aucta monetâ, quam accepit, sol-
vat creditori bonos, ad veteremque normam redactos
nummos. Partes enim debitoris, tanquam Rei, multò ma-
gis favorabiles sunt, quàm creditoris: & ideo (quemad-
modum infra latius deducetur) pacto quidem fieri pot-
est, ut in minùs vel in mitiorem partem debitor sit obliga-
tus; non verò, ut in deteriore.

Und diese unsere decision wird auch per expressum
textum, ac in terminis terminantibus nostri casus loquen-
tem, befestigt / nempe *per c. cum canonicis. 26. ext. de cen- sib.* ubi Pontifex Max. rescribit: non posse debitorem co-
gi, ut meliorem monetam solvat, quàm quæ ab initio
fuit constituta, sufficereque, si solvat æstimationem illius,
quæ fuit tempore contractûs. Et sanè debitor restituendo
eandem quantitatem & qualitatem, quam accepit, pro-
missioni suæ satisfacit, ac obligatio tollitur, *initio tit. In- stit. quib. mod. tollit. obligat.* Id & sequitur Alemannus
consult. 8. q. princip. 2. in decid. ratione. 13. p. 624. & seqq. & p. 627. 703. vers. respondet. & p. 755. §. ex his ergo, &c.
Et pariter Oldradus de Ponte *consil. 250. n. 1.* respondet: solutionem fieri debere de vili illa monetâ, quæ currebat tempore contractûs, vel de novâ (scilicet meliore vel ma-
jore) habito respectu ad valorem illius vilis monetæ: de-
bitoremque pecuniam meliorem, quàm solvit, tanquam indebitam repetere & condicere posse. Sic quoque Jo-
hannes Köppen *decis. n. 4.* expresse concludit: creditorem non petere posse meliorem pecuniam, quàm dedit mu-
tuò. *Et tractat hanc questionem p. uribus ex professo Au- ctor consilii sive questionis secunda D. Wolffgangi Hilleri adjuncta. Augusta edita.*

Zum dritten / und obschon gesagt werden möcht / daß was bißhero deducirt, allein auff diesen Casum zuver-
stehen sey / da nichts widrigs paciscirt, in nostro casu a-
ber sey insonderheit bedingt / daß selbige Sorten an dem
Zins / und wann die Ablösung in fünffzig beschicht / erstat-
tet werden solle / welche jederzeit gáng und geb seyn wer-
den / &c. So ist doch hingegen zu wissen / und bey gegen-
wärtiger Sach gar wohl in acht zunehmen: quod de-
bitor in mutui contractu non possit in plus obligari: quia
mutuum est contractus stricti juris, qui re contrahitur.
Unde si res, hoc est, pecunia, non intercedit: mutuum
haud subsistit: nec restituendum est, quod datum non
fuit. Hinc traditum invenitur: si dem tibi mutuò decem,
& paciscar, ut viginti mihi debeantur & restituantur: non
nasci obligationem ultra decem. Re enim non potest ob-
ligatio contrahi, nisi quatenus datum est. *l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pactis.* Item, si tibi dem decem, ut
undecim debeas: amplius, quàm decem condici non pos-
se, Ulpianus, ex sententiâ Proculi, respondit, *in l. si ro- gasti. 11. §. 1. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Facit *l. hætenus. 11. in fine. ff. de constituta pecun.* Et propterea Impp. Dio-
cletian. & Max. *in l. cum ult. 9. C. d. non num. pecun.* hunc
in modum rescripserunt: *Nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis à te nomine Præses provincia exigi patietur.* Nam na-
tura

tura mutui non patitur, ut plus petatur: quam datum, & per consequens in obligatione fuit. Unde quidam ex vetustioribus Juris Interpretibus dicere non dubitarunt: citius stellas de caelo casuras; quam ut mutuum in plus contrahatur. *Iason & Zas. ad dictam. l. 11. de reb. credit.* Neque etiam id, quod supra numerationem promissum est, alio, quam mutui jure deberi potest; puta ut usura, aut ut dono datum, vel vi pacti: *quod jam laudati Auctores docent.* Pariter insuper ut in plures florenos, quam quos accepit, non se potest debitor obligare: ita nec quoque in meliores. Nam & tunc in effectu solveret plus, quam accepit. Et pertinet huc, quod Ludovicus Molina d. tract. de just. & jur. tom. 2. disput. 312. num. 11. scribit: *Quamvis usura non sit, mutuo dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum ea, qua mutuo datur: esse tamen usuram, mutuo dare cum onere, ut mutuatarius reddere teneatur pecuniam rariorem, & meliorem in hominum aestimatione: ut mutuare aeream, quando illius est magna abundantia, cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quod gravamen illud injuste ultra sortem apponatur.*

265 Nun seynd die jenige contractus, davon diß Orts gehandelt wird / mehr pro mutuo, dann pro emptione, venditione redditus annui zuhalten / In bedenkung / solche auff kein gewiß Gut / darauß selbiger Zins geraicht würd / gerichtet: zumahl auch darinnen / contra naturam annui redditus dem Gläubiger die Wiederforderung zu 266 seinem freyen belieben gestellet worden. Textus autem canonici juris, puta *Clement. exvi. de verb. significat. ut & cap. 1. & 2. in Extravagant. de empt. & vendit.* illum tantum verum annum redditum vocant, qui nempe ita fundarius est, ut periculum cum fundis commune sortitur: quique redimibilis tantum est ex parte venditoris. Hosque redditus, si verum fateri velimus, probat solum canonicum jus; eosque etiam aliam ab usura, in mutui contractu stipulatā, rationem habere judicat. Ejusmodi verò redditus personales sub generali hypothecā omnium, & sic incertorum bonorum, ac etiam ad certum tempus constitutos, de quibus nobis nunc est sermo, nec novissimis Imperatorum Germanorum constitutionibus pro emptione & venditione annuorum reddituum haberi, docet Colerus, de process. execut. part. 1. cap. 10. Similiterque Henricus de Gandavo quodlibet 18. quest. 22. Gregor. de Arim. & Salicet. ad Auth. adhec. in fine C. de usuris, hanc reddituum emptionem nominatenus tantum ab usura differre; & ideo solum eam ob causam inventam putant; ut rei exosae aliud nomen constituatur.

Und wann schon dieser contractus nicht ex natura jureque mutui zu determiniren, sondern für ein rechten Gültkauff / & ita pro contractu bonae fidei zuachten: 267 so doch hierwider der Herr Gültverkäufer das remedium l. 2. C. de resc. vend. nützlich gebrauchen / indem Er nemlich / wie in ipsa casus figuratione außgeführt / weit über das Halbtheil vernachtheilt / ja kaum den sechsten Theil dessen / was er wieder geben müste / empfangen hat. Die Creditores auch / wann man ihnen allein drey oder vier Jahr den Zins an gutem Gellt reichen solt / Ihr Hauptsum / contra aequitatis & utriusque Juris rationes, novissimasque Imperii constitutiones, wiederum empfangen / und zumahl noch darzu das capital fünf oder sechs mal zu begehren / secundum tenorem der obligationen, berechtigt weren / &c. Welches alles ganz unchristlich zuhören / Ja mehr denn aller Juden Wucher wäre / und keiner / der nicht gar an dem Mammon hangt / seinen Nächsten also zuüberführen sich gelüsten lassen / wollen geschweigen / seiner hohen Obrigkeit ein solch ungleich Vorthelig zu muthen thun wird. Und bestehet die lésion, auch dieser Creditorum vortheilig gesuch und unchristlicher Gewinn / nicht in incerto dubio eventu, sonder es haben gleich in ipso tempore contractus die Creditores gewist / se capere lucrum certum, weil sie entweder diese Sorten nicht so hoch eingenommen / oder selbiges / was sie verkauft / viel höher / dann es sonst werth / hingeben / und dieses ringe oder hochgestaigerte Gellt darauß gebracht / auch ungewissenlich zuermessen gehabt / daß derogleichen Gellt / so in keinem Ort des Römisch. Reichs / für ein beständige Landwehrung gehalten / sondern allein per conniven-

tiam & abusum, iniquitatemque, & miseriam praesentium temporum tolerirt worden / in die Harr nicht wehren könne / weil fürnemlich Reichs und Landkundig gewesen / daß dieses alles nicht allein in den heylsamen Sazungen des Heiligen Römischen Reichs höchlich und bey grosser Straff verbotten / sondern zumahl von dem hochlöblichen Kaiserlichen Cammergericht viel unterschiedliche penal mandata, sowol wider die Ständ / welche den Reichs-Ordnungen ungemess münzen / als auch die Münker und Münzgenossen selbst außgegangen. Hingegen ist der Herr Debitor gleich in ipso contractus tempore damit lédirt und höchlich vernachtheilt worden / weil dergleichen verbottene geringe Interims-Münzen / oder gute Sorten in hochgestaigertem Werth / & ita hancce temporalem & provisionalem, minimeque perpetuam monetam, welche auch allein für current oder lauffende Schulden / und zu alltäglichen geringen Ausgaben eingeführt / Er Herr Debitor in verkauffung einer beständigen Gült oder Zinses angenommen / die er zumahl nimmermehr nützlich gebrauchen / oder als gutes Gellt anlegen können / In bedenkung / männiglich wissend ist / daß um solch geringes Gellt / oder hochgestaigerte Sorten / kein liegend Gut erkaufft / oder ein alte Schuld mit gutem Nahmen bezahlt / Ja die Victua- 268 lien, Wahren und alles anders / dem alten rechten wehrt nach geschätzt und gestaigert / also dieser imaginarius valor, quoad rei veritatem, niemahl in acht genommen worden. Et ita hac valoris extrinseci auctio nemini lucrum; sed omnibus certum damnum, caritatem, aliasque difficiles molestias creat; veluti Imperii & circulatorum Acta testantur, quod semper Ordines conquesti sint, daß die Staigerung allen Obrigkeiten / Hospitalien, und armen Häusern / auch jeden privat Personen hochschädlich sey / indem die Jährliche Intraden dadurch unermesslich defraudirt sich befinden / daß auch alle Wahren durch diese Hochnachtheilige Staigerung der groben Münz in einen unerträglichen Aufschlag und Zerwung gerathen / indem nach der Münz die Wahren gestaigert werden / &c. Et jure itidem communi constat: crescente nummorum 269 valore, crescere pretia rerum, quae nummis sunt comparanda. l. 2. C. de veteres numismatis potestate.

Letztlichen / und weil in facto für gewiß praesupponiret wird / daß für diese Obligationes, lauter anjeho verurüffte Sechsbäcker / oder doch der Ducaten zu zehen / vierzehen und fünfzehen / und der Goldgülden zu zehen und einß / der Reichsthaler aber zu acht Gulden außgeben worden: doch solche Obligationes samptlich auff Rheinische Gulden in Münz / und also / daß sie Creditores in der Anleihe gut Gellt geben haben / gesetzt wird / thut auch dieses hierauß folgen / daß der Herr Debitor (weil das biennium noch nicht verlossen) exceptionem non numeratae pecuniae fürschieben / und mit guten fugen sagen kan: 270 daß er selbiges Gellt / oder so viel und gut / als in der Obligation gesetzt / nicht empfangen. Darumen Sie Creditores, wann sie ihre Zins und fünfftiges Hauptgut ebenmäßig an gutem Gellt haben wollen / zuvor ihr ring außgeben Gellt wiederum suppliren, und ad normam probae monetae der Verschreibung gemäß bringen sollen. Nam- 271 que in l. si quasi. 7. C. de non num. pecun. ita expresse cautum est; Si quasi accepturi mutuum pecuniam adversario cavistis, qua numerata non est: per conditionem obligationem repetere, etsi actor non petat: vel exceptione non numerata pecunia adversus agentem uti potestis. Ac quamdiu nu- 272 meratio non intercessit: censetur cautio seu instrumentum esse sine causa penes creditorem: & ideo repetipotest, etiam conditione sine causa. l. 1. & l. pen. ff. de condict. sine caus. l. ult. & passim. C. eod. Cumque (ut jam modo deductum est) mutuum non contrahatur, si res, id est, pecuniae numeratio deficiat: & igitur, cum vel omnino nihil, vel minus, quam in syngrapha continetur, ad debitorem pervenit, ea; ratione ex principali negotio, hoc est, ex mutuo & literarum obligatione, in majorem summam, quam re ipsa numerata sit, nulla efficax obligatio constituatur; consequens est, exceptionem non numeratae pecuniae competere, in quantum minus, quam in literis continetur, datum fuit. Estque hac exceptio adeo favorabilis; ut 273 pro-

procedat, etiam si confessio mutui recepti fieret in iudicio apud Acta, *Bald. in Instit. de liter. obligat. in ultim. colum. Et idem in l. siue apud acta. 28. C. de transactionibus.* Eandemque exceptionem etiam procedere ajunt: quando quis diceret, se recepisse pecuniam facto, tantum spe futurae numerationis literis se obligasse. *Bald. in l. si ex cautione. 3. in l. colum. in fin. C. de non num. pecun.* Hincque exceptioni itidem concedunt locum: etiam si in scriptura interveniat stipulatio. Nam licet non nascatur ex literis obligatio, sed ex ipsa stipulatione: tamen in ea habet locum effectus ille obligationis literarum: quia qui in tali scriptura, mediante stipulatione, confessus est: poterit se tueri, ne cogatur ad solvendum, saltem exceptione in factum. *l. cum ultra. 9. C. de non num. pec. aut etiam exceptione doli. l. palam. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali Et met. except. ex eadem aequitate, ut qui literis obligatus est, tuetur se exceptione pecuniae non numeratae. §. 1. Instit. de lit. obligat.*

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

- Und dieser unserer decision, daß nemlich die Creditores die Sorten / in so hohem Werth / wie selbige von ihnen aufgelegt worden / sowohl bey raichung der Zins / als Abstattung der Hauptsummen wieder annehmen müssen / soll im geringsten einigen Abbruch nicht gebühren / daß hieoben in primâ dubitandi ratione, der tenor und lauter Inhalt der Verschreibungen urgirt, und daß der Herr Gültverkäufer sich zu guten Sorten verbunden / eingewendet worden / angesehen hierauff erstlich geantwortet werden kan / daß die Creditores sich solcher Verschreibung derentwegen nicht behelffen können / weil darumben (gestaltsame in ultimâ decidendi ratione aufgeführt) notoriè und der bekandtlche Ungrund begriffen / daß benandtlch der Herr Gültverkäufer oder Debitor jehstrittige Summen an guten Sorten und Rheinische Münz empfangen / welches Wiederspiel sie Creditores, præsertim in tam recenti facto, nit werden verneinen oder in Alt red seyn können / derowegen solch ihrer obligationen sich vielmehr zubeschâmen / dann zubehelffen haben. Darauf dann ferner erfolgt / daß wann schon der Debitor seines theils gute Sorten an statt der geringen zugesagt / solcher Contractus doch / utpote usurarius & simulatus, ipso jure nichtig und von Unwürden / die Creditores auch diesen ihren Contract, damit der Herr Debitor so weit überführt oder vernachtheilt / salvâ conscientia & honestate nicht urgiren oder bestreiten können. Et nec tantum, quid promissum fuit, attendi debet; sed & quid iuste & secundum aequitatem exigi possit: sicque invalidus est contractus, sapiens usurariam pravitatem: adeo, ut nec juramento roborari validè satis possit. *c. tuas dudum. 13. extr. de usur. Mascard. de probat. volum. 1. concl. 447. num. 33. Et seqq.* Usurarius namque faciens contractus usurarios, contemnit Deum audacius: naturam expressius: scripturas deterius: & jura diutius, ut *Alex. de Imol. in cons. 49. v. 4. scribit.* Propterea etiam Constitutiones Imperii de usurariis contractibus, in Comitibus Augustanis, Anno M. D. Et postea, Anno M. D. XXX. ac Anno M. D. XLVIII. promulgata, contractus usurarios reprobant; adeoque supremis, mediis, & infimis iudicibus seriò mandant: ne super ejusmodi contractibus judicent, neque executionem faciant. Quin & contractus usurarius, sententiâ firmari non potest: & sententia ista non transit in rem judicatam. *Ant. de Butr. cons. 28. ubi add. Caballini. verb. judicatam.* Et certè nostri casus contractus omnino pro simulatis & usurariis sunt habendi: quia aliud actum, aliud conceptum sive rescriptum fuit. Debitor enim recepit pravam, vel iniquissimè æstimatam monetam: hoc verò omissum non solum, sed & aliud scriptum fuit; non item valet pactum, quod contra justitiam contractus factum apparet. Unde si pecunia deterior Debitori per Creditorem mutuò sit data, ut melior restituatur: non erit hujusmodi pactum admittendum: sed, uti usuram sapiens, veniet reprobandum: prout in specie tradunt Hostiens. in summa, de usur. in fin. Et Rodolph. de usur. quest. 45. Et 46. Ideoque pactum illud de reddendâ probâ monetâ loco ærolæ, aut improbè æstimatæ, pro nulla haberi debet: cum

(ut supra in Decidendi rationibus deductum fuit) mutui naturæ repugnet: & idcirco pro usurario debeat haberi; quia ejus vigore multò plus acciperent creditores, quàm ipsi numeraverant. Pacta verò illicita, & contra naturam contractus, reddunt contractum usurarium & suspectum, *Cavalcamus decis. 32. part. 2.*

Belangend die ander Dubitandi rationem, obwohl ein Fürst / oder andere hohen Standspersonen billich ihr versprechen in gute Obacht nehmen / und besser dann die / so gemeines Stands / halten sollen: Jedoch ist hingegen auch ebenmäßig und in allweg billich / daß ihnen die Unterthanen kein derogleichen unbillichen Contract zumuhten / und da solches contra utilitatem publicam, in fraudem & detrimentum fisci, & ararii principalis beschehen // und ein Fürst oder Obrigkeit zu einem solch schädlichen Contract, besonders von seinen Unterthanen hinderführt worden / daß solcher rescindirt und vernichtet werde: idque sine labe, & absque principalis reputationis detrimento, omninò fieri potest: cum ejusmodi personæ propter negociorum multitudinem, variasque variorum suggestiones, facilius decipi, & ad contractum aliquem sibi damnosum persuaderi possint. Hancque eandem ob causam plurima in jure nostro fisci privilegia prodita non solum sunt: sed & donationes immo- dica à Principe factæ, tam à successore, quàm ab eo, qui donavit, revocari possunt, *Hippol. à collib. in prin. c. 33. latè Et nervosè, P. Gregor. Tholozan. de Republ. lib. 3. c. 8. à num. 1. usq. ad 12. Iohann. Parladorius lib. 7. rer. quotid. c. fin. part. 1. §. 7. num. 4. Bodin. de Rep. lib. 6. cap. 6. n. 656.* Licet aliàs donationes, à Principibus factæ, etiam absque insinuatione valere dicantur, quamvis summam quingentorum florenorum excedant. Sed & princeps contra contractum, ex quo læsus est, restituitur pariter, ut minor, *arg. l. Respubl. 4. C. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ibique Doctores.*

Ungleichem mag auch die dritte Dubitandi ratio nichts niedriger verschaffen. Dann obwohl Gulden für Gulden aufgenommen worden / und fûrgewendt werden möchte; Daß der Herr Gültverkäufer solche wiederum nûglich ohn worden / oder dergestalt aufgeben sollen und können: deßhalb an Zins und Hauptgut / non obstante moneræ mutatione, hinwiederum Gulden für Gulden erstatten solle: So ist doch hierauff mit Bestand zu respondiren, daß er Herr Gültverkäufer oder Debitor, nicht gute Gulden sonder böse widerrechtliche niemals in dem heiligen Römischen Reich approbirte, auch in keinem Ort desselbigen / für ein beständige Lands- oder Stadtrehrung angenommene Münzen / empfangen. Derowegen aller dieser Doctorum (quorum aliquot noviter refert ac sequitur Franciscus de Crucifissi in allegationib. super variatione valoris monetar. pag. 9. Et 10.) traditio, qui contra communio rem sententiam, non tempus contractus, sed solutionis inspiciendum censent, quique putant, debere cogi debitorem tot solvere florenos, quot accepit, idque in monetâ tempore solutionis currente, Nicht auff unsern gegenwertigen / sondern von einem solchen Fall zuverstehen / da einem zur Zeit der Antei- hung ein benandte Summa Gulden / an damahlen guter genemer / und für ein beständige Wehrung gehaltner Münzen eingehendigt wird / solche aber lento temporis gressu und fast ohnvermerck sich endern / also zur Zeit der Ablösung besser und böser befunden wird. De quâ re plura Auctor in prædicto consilio sive quest. 2. D. Hilleri responso annexa.

Hingegen aber ist diese Meynung / quod semper & indifferenter tempus contractus, eaque moneta, quæ tunc fuit, vel alia in parill bonitate debeat reddi, naturali aequitati, contractusque mutui naturæ vielmehr ähnlich / wie ex Decidendi rationibus zusehen. Etenim stante illâ, non plus vel minus recipit creditor; nec aliud, quàm accepit, debitor reddit; weil sonderlich das Wort (Gulden) nicht pro certo aliquo nummo, sondern potius mensurâ nummorum zuhalten. Et ita huc pertinet, quod vir acutissimi judicii, gnarissimusque naturalis & Christianæ aequitatis, Ludovic. Molina in tr. de just. Et jur. tom. 2. disp. 312. num. 7. his formalibus verbis scribit:

si ex mutuo, aut ex quocunque alio contractu vel titulo debitas sit modius tritici, & postea mensura varientur, siue quoad incrementum, siue quoad detrimentum, solvendus est modius tritici illius quantitatis, cujus erat, antequam mensura acciperet variationem. Quoniam nec major, nec minor quantitas, quam qua ante eam variationem debebatur, solvi debet. Ita pariter magis monetae quantitas & qualitas, quae florenum facit, quam ipse florenus, tanquam mensura, qua quasi pecunia mensuratur, inspicere debet. Unde weil nun vielmahl erwöhnter massen der Herr Debitor kein gut Geldt oder ein beständige Landtswehrlung empfangen: also hat er solches auch in keinen Weg nützlich aufgeben / oder wohl anlegen können / wie die kundliche Erfahrung bezeuget / und beraith oben erwöhnt. Auch haben insonderheit die einhálbige Sechsbágnier an so grossen Summen nirgend ohne eussersten Schaden untergebracht werden mögen. Zudem wann gleich der Gläubiger darthun könnte / daß sein Schuldner mit den entlehneten geringhaltigen oder gestaigertem Geldt / so viel oder mehr Nutz geschafft hätte / als er mit der abgesetzten und zur Zeit der wiederbezahlung gangbarer Münz thun könnte: Seynd doch angeregte und andere dergleichen considerationes extra formam & naturam mutui contractus, so ohne das stricti juris ist / gehen denselben auch nicht an: und ist in mutuo diß allein zu betrachten / was und wieviel aufgegeben / für gestreckt und geliehen worden / auch ist dasselbige allein / und weder mehr noch weniger / besser noch ärger / zu bezahlen und zu erstatten. Und wann angezogene Umstand in mutuo in Acht zu nehmen / der Richter sich auch darnach zu reguliren schuldig seyn sollte / würde darauff folgen / daß man nicht anzusehen / was geliehen worden (daß doch die recht aufstruckentlich wollen) Sondern was der Schuldner mit dem Entlehneten außgerichtet habe oder nicht: darauff aber diß absurdum folgen würde / daß man dem Gläubiger für sein aufgeliene Geldt nichts zugestehen schuldig seyn sollte / wann der Schuldner mit dem empfangnen Geldt kein Nutzen geschafft hätte. Intellectus autem vel interpretatio ea, quae non est apta rei, & absurda secum adfert, admitti non debet. *Simon de prat. de interpret. u. l. vol. lib. I. solut. I. Auctor. d. consilii siue questionis secunda, D. Hilleri consilio adjecta.*

Auß jetzt deducirten fallet auch die vierte ratio zu boden / bey welcher fürgegeben worden / daß die ex parte des Herrn Debitoris prätendirte læsion ex incerto eventu dependire, und das Münzwesen wohl noch mehr verwirrt und ärger werden können: Angesehen / hierauff gründlich zu antworten ist / daß männiglich gewünschet / und kein Vernünftiger anderst erachten oder schliessen können / dann das diß verwirrete Münzwesen in die Harze nicht bestehen / sondern geändert / oder alle commercia zertrittet / und consequenter ipsa humana societas zergehen / deplorabilisque Reip. everfio erfolgen müste.

So bestehet nicht weniger des Herrn Debitoris Vernachtheilung / ipsissimaque contractus tempore apparens læsio darinnen: weil er nicht nur böse / sondern alleintemporealem & per conniventiam tantum tolerirte, und nirgend perpetuirte, also in effectu fast kein Münz oder Geldt empfangen; cum nempe moneta definiatur ea, quae perpetuam habet æstimationem *l. 1. in princ. ubi omnino videndus est Gothofredus. ff. de contrah. empt. l. 3. ff. de in lit. jur. & consimilib.* Et denique, quamvis quidam velint: futurum tempus non considerandum esse in læsione, propter dubium eventum: tamen Ernestus Cothmanus *consil. 53. n. 93.* contrarium asserit rectè: quia læsio, in re præsenti facilius evitari potest, propter scientiam. Ubi autem læsio pendet ex futuro: tunc facilius decipimur, hisque incogitanter magis renunciamus.

So irret auch letztlich nicht / daß der Herr Debitor diesen ihm anwachsenden grossen Schaden gewist oder wissen sollen. Namque in pari conditione fuerunt ipsi Creditores: & tunc potior & favorabilior est causa ejus, qui certat de damno vitando. So ist auch solch der Creditorum Gesuch usurae crimine & iniquitate inficirt: ideoque ipso jure nullum. Talis namque creditor plus petere, imò in castra fœneratorum improborum concedere videtur. Et

in terminis nostrae questionis ita argumentantur Henning-Gædon, in *conf. de censib. n. 5.* & Ant. Tefl. *decis. pedemont. 174. n. 2.* quem sequitur Aleman. *supra d. consult. 8. quest. princ. secund. in 6. & 9. decid. rat. p. 607. & seq. 611. & 614.* Etenim quocunque tempore mutuum celebratum est: id quod datum, in eadem quantitate, qualitate & bonitate, & neque plus, neque minus quam revera datum fuit, restitui debet, etiamsi expresse fuerit conventum, ut plus esset in obligatione: quod *supra aliquoties tactum fuit.* Et alia etiam ratio est in eo, qui vinum mutuo dat eâ conditione; ut recipiat, quod collectum fuerit proxime futuro autumnio; etiamsi optimum, vel admodum generosum foret. Id enim procedit, si mutuans dedit bonum vinum, non aqua dilutum, vel aliter corruptum: & quod saltem (ut vulgo loqui solemus) Kauffmans Gut ist. Hic verò dominus debitor monetam accepit ære infectam, & legibus Imperii, improbatam æstimationem.

Secunda questio.

Die ander Frag decidirt sich ex resolutione der Ersten für sich selbst / und haben wir allein bey selbiger zu erwöhnen / daß der Herr Debitor diß sein befugte Vorhaben / nemlich die zuviel hoch empfangene Sorten ad justam normam in Rheinische Münz zu redigiren, den Creditores fürderlich und mit Umständen in Schrifften / oder Mündlich eröffnen lassen / und sich ohneingestellt / auch solenniter protestiren solle: daß Er sich weiter oder ferners nicht verbunden zu seyn erachte / zumahl sich mit raichung der Zins und Ablösung der Hauptsummen solcher proportion nach reguliren wolle. Welche protestatio siue jam in præsentia Creditorum siue coram Notario & testibus facta, & creditoribus postea insinuata, Dn. Debitorem satis securum reddere videtur. Gestaltsame dann auch in casu exceptionis non numeratae pecuniae zugeschehen pflegt / *per text. in l. si intra. 8. vers. si autem questus. cum vers. seq. & ibi gloss. ac Dd. in verbo, Querimoniam. C. de non num. pec. Et in eod. tit. in l. in contractibus. 14. §. in omni. 4. Imp. Justinianus inter cætera ait: cui competit querela vel exceptio non numeratae pecuniae, ei licere denunciationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam, vel alias res dedisse in instrumento scriptus est: eoque modo istud remedium vel exceptionem ex temporali perpetuam reddi.*

Tertia questio.

Belangend die dritte Frag / allda gezweifelt wird: ob diejenige Creditores, so Barrauter / Amberger / oder andere rinnhältige Sechsbágnier hergeleihen / welche der Reichsordnung ganz zu wider gemünzt / deshalb auch löblich und billich der Orten allerdings verboten und verrufft worden / aniezo solch nichts geltende Münz wieder annehmen / oder ihrer Forderung ganz verlustig seyen? Könten wir unsers theils ex æquitatis & juris rationibus, So bey der Ersten quæstion passim angedeutet worden / anderst nicht schliessen / dann daß sie Creditores mit gutem Geldt / doch habito respectu extrinsecæ bonitatis, illius jam reprobatae monetae, zu contentiren, und namblich zum Exempel / wann zur Zeit der Anlehnung für einen Reichsthaler acht Gulden / solcher geringen Sechsbágnier communiter eingewechslet: man ihnen aniezo allwegen acht Gulden mit einem einigen Reichsthaler abzulegen verbunden / Sie auch mehr oder weiter nicht zu begehren berechtiget seyen.

Und hat sich dieser decision kein Theil von Billigkeit wegen zubeschweren / angesehen / die Creditores das Geldt so gut es zur Zeit der Anlehnung gewesen / wieder empfangen / der Debitor aber eben diß / und so viel er selbiges Nutzen können oder sollen / wieder erstattet. Quamvis enim, quando antiqua moneta est in totum reprobata, ob illius deteriorationem quidam velint, debitorem omnino liberatum esse ab obligatione, quasi per interitum speciei, *per l. quod te. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & in l. minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restitutio necess. non est. Landens. in tractat. de monet. n. 14. Imol. in c. quanto.*

num. 1. ext. de jurejur. Petr. de Bellapertica. in d. l. in minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necessar. non est: Jedoch ist der Billigkeit und gemeinem Schluß der rechtsgelehrten mehr ähnlich: ut debitor loco reprobata solvere debeat vel novam, ad aestimationem illius antiquae: cum sufficiat, idem restituere in genere, & in eadem bonitate: Bart. in d. l. Paulus. quem secuti sunt Andr. d. Ifern. in tit. qua sint reg. in verb. moneta. Hostiens. Joann. Andr. Abb. & Ant. de Butr. in d. cap. quanto. de jurejur. Alberic. de statut. quest. 103. pag. 1. Petr. de Anhor. in clem. si beneficiorum. de decim. Anton. Gamma. de iur. Lusitan. 374. Papiens. in form. libell. action. Hypothecaria, super verb. relaxandum. num. 3. Ias. in l. emphyteuticarius. 2. C. de jure Emphyt. n. 91. vers. si verò illius cursus sit reprobatus. Dominic. Cardinal. Tuschus tom. 5. Pract. conclus. lit. M. concl. 349. num. 50. 51. & seqq. Nicol. Boer. decis. 327. incip. hac questio saepe evenit. num. 12. Anton. Gabr. in com. concl. tit. de solut. concl. 1. num. 4. Ioan. Bologn. in l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. pet. n. 17. Bald. in l. indubitati 16. C. de non num. pec. num. 6. sub fin. vers. aut est mutata propter utilitatem aliquam. Tirag. de retract. lignag. §. 1. gloss. 18. verb. lesuris que la chose. num. 29. & de retract. convent. §. 4. gloss. 2. n. 2. sub fin.

Quaestio quarta.

- 295 Weil bey der ersten Frag zur genüge aufgeführt worden / daß der Herr Debitor wegen des Hauptguts / höher und weiter nicht / dann wie Er selbiges empfangen / obligirt; auch solches mit Reichsthälern zu Ncht / wie nicht weniger die Ducaten und Goldgülden in dem gestaigerten Werth / wie er selbige eingenommen / wiederum abzulegen befugt seye: Als folget hierauf für sich selbst / daß er Herr Debitor die Zins / non obstante devaluatione, anderer gestalt nicht / dann in solch hohem Werth zu raichen gezwungen werden könne. Usura enim & annuus etiam redditus nihil aliud sunt, quam accessio ad sortem sive quantitatem principalem, per leges & auctoritates, quas adducit Borcholt. in tr. de usur. cap. 1. num. 24. & cap. 2. num. 6. Pet. Frid. Mindan. consult. Saxon. lib. 1. quest. 8. num. 49. Atqui indubitatum est: accessorium sequi naturam sui principalis, c. accessorium. 42. de R. l. in 6. & ibid. Dyn. Idemque juris est in accessorio, quod habet principale. l. & per iurjurandum. 13. §. si fideiussori. 7. ff. de acceptil. etiam si accessorium sit dignius, quam principale. Rom. conf. 330. num. 13. in fin. & ibid. 299 apostill. in verb. digna. Accedit, quod à primordio tituli, h. e. contractus, posterior debeat formari eventus: & qualia sunt principia, talia censeantur principiata, & e contra. Fernand. Vasq. lib. 1. contr. illustr. cap. 47. num. 10. Auctor consilii sive questionis tertiae, D. Wolffgangi Hilleri responso subjecta: ubi hanc questionem pluribus prosequitur.

Quaestio quinta.

- 300 Diese Frag thut nicht weniger ex resolutione der ersten dependiren / indeme daselbst angezeigt worden / daß die Clausula, deren in dieser fünfften Frag gedacht / dem Herrn Debitori nicht zuwider seye / Angesehen / diese Clausula ein wucherlichen Gewin den Creditoribus, da sie nach dero intention verstanden / schaffte / derwegen ipso jure pro nullâ zuhalten ist.

Quaestio sexta & ultima.

- 301 Obwohl bey dieser Frag / wann der Herr Debitor nach jek bescheneher devaluation der Münzen / gute Sorten / und dieselbige in ringem Werth geben / auch damit die Zins abrichten müste / sich allerhand Zweifel eranggen / und geschlossen werden möchte: daß auch selbige Zins / So ante devaluationem verfallen / und nicht abgefordert worden / an guten Sorten erstattet werden müssen: quippe cum per l. creditor. 102. ff. de solut. mora creditoris in non accipiendo pecuniam, si interim moneta depreciatur, creditori non exigenti nocere haud videatur:

praesertim, si depositio & obsignatio non intervenerit ex parte debitoris: Weil jedoch nullo habito respectu devaluationis sive depreciationis monetae, die Sorten in eadem bonitate & aestimatione, wie sie aufgeliessen / wiederum angenommen und verzinst werden sollen / gestaltsame in primâ quæstione zu verhoffter Gnüge demonstrirt worden: als wird hierdurch auch diß Orts sämtlich aller Zweifel benommen / und bleibt es beschlußlich nochmals darben / daß die Creditores gleichwohl ihr Hauptgüter und Zins an guten gangbaren Sorten / doch in so hohem Werth / wie sie es aufgeliessen / wie ingleichem die anieko verbottne Sechsbäcker / in eadem proportionen an gäbigen stücken / als ein Reichsthaler für acht oder zehn Gulden / wie sie damahlen gegen einander aufgewechslet worden / zu empfangen / und absque nota usurariae pravitatis, weiter nicht zubegehren / berechtiget seyen.

Quemadmodum supra scriptum & decisum est: ita Nos Decanus & Doctores Facultatis Iuridicae, in inclytâ Academia Tubingensi, secundum ea, qua nobis in pramissa facti specie proposita fuere (solâ veritate & justitiâ pra oculis habitâ) unanimiter sentimus, consulimus & Iuris esse respondemus: salvo tamen semper cuiusq. rectius meliusque sentietis iudicio. In quorum omnium fidem consuetum Facultatis nostrae sigillum huic Responso appendi curavimus. Actum in Consilio nostro, duodecimo die Iunii, Anno salutis humanae, supra mille simum, sexcentum, vigesimo tertio.

Tertium Consilium à Magnifico Collegio

Facultatis Iuridicae Tubing. super re nummaria conscriptum, mense Junio, Anno 1623.

Casus seu facti species.

Es hat Julius Titius, zu Sulzbach wohnend / den 1. 303 Novemb. Anno 1617. Mævio, Bürgern und Handelsman in Nürnberg 13000. Gulden an lauter Goldgülden / das Stuck zu 2. Gulden / um Verzinsung 5. vom 100. auff 4. Jahr lang in Nürnberg vorgeliessen / wie allda hierüber ein ordentliche Verschreibung ist auffgericht / und die wieder Erstattung in Nürnberg guter Marks Behrung versprochen worden / ehe aber des letzten Jahrs Termin / der 1. Novemb. Anno 1621. herbey kommen / und Zmmittelst gedachter Mævius gestorben ist / haben dessen hinterlassene Erben durch ihren Handelsdiener den Darlenher ersucht / ihnen berührtes Capital verschriebner gestalt noch auff ein Jahrlang / und also bis auff den 1. Decemb. Anno 1622. in handen zulassen / solches auch erhalten. Nachdem aber den 20. Decemb. bemeltes 1621. Jahrs zu Nürnberg die grobe Gelltsorten auff gewissen valor seyn gesetzt / ein Decret derentwegen promulgirt, und darinn verordnet worden / daß auff folgenden terminum Trinitatis, als den 16. Junij, Anno 1622. kein Burger oder Inwohner allda die Bezahlung anderst / als in dem bestimmbten Werth / in specie den Thaler auff 3. Gulden 15. Kreuzer geben und annehmen / Insonderheit aber kein Debitor befugt seyn solle / vor angesetzttem termino Trinitatis jemand sein Gellts gefährlich und in fraudem creditoris auffzukünden / damit der Gläubiger / so gut Gellts hergeliessen / über vorigen Schaden nicht mehrers zuentgelten habe / wie die Beylag N. 1. mit mehrern außweist. Hat hierauff der Mævische Diener / auß Befehl seiner Herrn / den 9. Februarii, Anno 1622. sich nacher Sulzbach erhebt / dem Darlenher angezeigt / wie seine Herrn die Handlung zuverkauffen / und alle Schulden abzuzahlen in Vorhabens seyen / derowegen von ihm zuwissen begehren / ob er sein capital und Zins lieber an 6. Väsner oder Reichsthälern / das Stuck zu 8. Gulden annehmen wolle. Wie nun darauff kein Erklärung erfolgt ist / hat besagter Diener andern Tags grosse Freundschaft simulirt, und seine Reden so scheinbarlich vormitt un wiederholt / benebens aber obberührten Decrets und desselben publication mit keinem einigen wort gedacht / sondern dasselbige verschwiegen / also daß sich der Darlenher einiges nachtheils nicht versehen / mehr auf die Zahl

Zahl des Guldens / als was derselbe ist / gesehen / den Thaler für acht Gulden angenommen / für 13000. Gulden guter Marktswehrgung 1625. Reichsthaler zu Nürnberg erhebt / hingegen die Verschreibung vonhanden geben / und über diß / wie ihm allda vorgeschrieben worden / nach außweiß der Beylag Num. 2. den 21. Februar. quittirt / hernach aber den 2. April, erst obberührtes Decret, und darauß so viel in Erfahrung gebracht hat / daß nach dem Termino Trinitatis ein ander Zahlung / nach Inhalt bemeltes Decrets zu Nürnberg hätte müssen geleist werden / als hat der Darlenher dafür gehalten / wie er dergestalt ganz gefährlich hindergangen worden sey / derowegen gleich den 3. April. darauß an die Mavische Erben geschrieben / sich hierüber zum höchsten beschwehrt / ihnen das noch uneröffnete Gellst wieder angeboten / mit begehren / die Bezahlung nach dem ersten Novemb. Anno 1622. zurichten / Es hat aber ihnen weder eins / noch das ander gelegen seyn wollen / und bitten sich hierüber zu Recht.

304 Wann nun besagte Summ von 13000. Gulden / tempore contractus, ratione bonitatis intrinsecæ, in die 8666. Reichsthaler / nach der leichten laufft aber / den Thaler zu 8. Gulden 69328. Gulden gemacht haben / davon allein 1625. Reichsthaler oder 13000. Gulden wieder seyn geliefert worden: Als befindet sich der Abgang an 7041. Reichsthaler / und an schlechten Gulden 56328. Gulden 1. welches bey dem Darlenher / anders nicht / als pro enormissimâ læsione, wo nicht zugleich pro doli specie manifestâ gehalten wird / und zwar um so vielmehr / dieweiln anjeko außbricht / daß die Mavischen den Goldgulden höher nicht / als zu 2. Gulden im Nahmen des Darlenhers per tertiam personam, so solches Gellst erlegt / empfangen / und doch jederzeit vorgeben haben / wie das Stuck per 2. Gulden 4. Kreuzer geliefert worden sey / darauß nun auch ein unwarhafftes arg: und hinterlistiges Wesen über die 833. Gulden erscheinen wil.

Diesem nach wird im Rechten gefragt: Erstlich / ob in gegenwertigem Fall extensio Remedii l. 2. Cod. de rescindend. vendit. nicht statt finden möge?

Zum andern / wo damit hinauß zulangen seyn würde / ob der Darlenher sich nicht gedachtes Decreti, ratione loci, in quo debitum contractum est, gleich sowohl als ein Burger oder Inwohner zu Nürnberg / von Zeit seiner Wissenschaft / behelffen / die Mavische Erben calliditatis beschuldigen / und so kein ander remedium hierauß erscheinen solte / actione de dolo wieder zu seinem Capital gelangen / oder zum wenigsten mit Urtheil und Recht so viel erhalten möge / als er empfangen hatt / wann mehr berührte Summa von 13000. Gulden den 1. Novemb. Anno 1622. Ihme nach Inhalt des Decrets zu Nürnberg erlegt worden wehre?

Christo Duce, & Auspice Christo.

Demnach wir Decanus und andere Doctores, zu der Juristen Facultät gemeiner hohen Schul Tübingen gehörig / gebührend ersucht worden / daß wir auff hievor gesetzten casum, und dem beygefügte zwei quæstiones oder Rechtsfragen (die doch unsers Vermeinens unabgesondert füglich erörtert werden mögen) unser unpartheyische Meynung entdecken / und mit etwas außführung der fürnehmsten decidendi & dubitandi rationum auff das Papier bringen sollen: Als haben wir / weil es unsers officii und Berueffs ist / uns dessen in keinen weg entbrechen mögen / darauß auch alle Umstände dieses Facti in unserm versammelten Collegio reifflich erwogen / und befunden / daß primâ facie dem creditori, und jekigem Consulenti mächtig starck im weg zustehn / auch alle Mittel / dieses zwar offenbahren Schadens / und nicht geringer Unbilligkeit / sich um etwas wiederum zu erhohlen / zubenehmen scheinen thut.

RATIONES DUBITANDI.

305 Dann für das erste / hat der Creditor sein außständige Schuld an so hochgestangerten Sorten nicht allein an-

genommen / sondern noch darüber den habenden Schuldbrieff hinaußgegeben / und in einer der Debitorum Institori, oder Diener zugestellter Quittung / mit seiner Hand und Wittschafft bekennet / daß er ihm gebührende Dreyzehnen Tausend Gulden Hauptgut / sampt dem Interesse, zu seinen sichern Händen / ohn einigen Abgang und Mangel paar empfangen habe / seye auch damit allerdings wohl content, und zehle die Debitores auff ein ganz vollkommen und beständig End in bester Form / quit / frey / ledig und loß / mit versprechen / hinführo und zu ewigen Zeiten / derentwegen weiter nichts zu erfordern / getreulich und ohne gefahrdt / ic. Welche Wort gar emphatica, und einer sonderbahren Wirkung / beneben ohne das in Rechten versehen: quod si solvatur id, quod debetur, vel aliud loco illius, consentiente creditore; omnis tollatur obligatio, tam rei principalis, quam fidejussoris, Angel. post text. in princip. Institution. quibus mod. tol. obligatio. Indeque correi debendi, in solidum obligati, uno solvente, omnes liberantur. §. ex hujusmodi. 1. Institut. de duob. reis stipulandi, §. c. l. 2. §. 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend. Estque solutio probata, quando debitor instrumentum debiti penes se habet cancellatum. Debitum enim eo ipso præsumitur fuisse solutum: habetque debitor exinde exceptionem taciti pacti: nisi creditor possit contrarium edocere. l. si chirographum. 24. ff. de probationibus. l. Labeo. 2. ff. de pact. l. pecunia. 14. §. l. seq. C. de solutionib. & liberationib. c. penult. ext. ut lite pendente, §. c. Andr. Gail. lib. 2. observ. 87. Ac cum confessio solutionis (nos vulgò Quittung vocitamus) nec præstetur, neque debeatur, nisi omnibus persolutis, l. dissoluta. 2. C. de conditione ex lege, §. c. idcirco postquam ea facta ac reddita fuit, intelligitur super rationibus conclusum, solutum ac transactum; ideoque est acquiescendum, l. unic. ubi Dd. C. de errore calculi, licet postea plus deberi comperiatur. Wesenbee. consil. 3. n. 6. §. consil. 47. num. 42. Quodque Quietatio data debitori, per triginta dies inducat veram solutionis probationem, textus est, in l. in contractibus. 14. §. super ceteris. 1. C. de non num. pecun. & tunc amplius exceptio non soluti debiti haud competit creditori. Lanfranc. de Orian. in sua praxi. cap. de confession. num. 22.

Zum andern / und obschon der Creditor fürwenden möcht / daß er gleichwohl obverstandene Quittung von sich gegeben / hab er doch an seiner Forderung nicht solches Gellst / wie er aufgeliessen / und ihm consequenter wieder erstattet werden sollen / empfangen: so ist jedoch ihm Creditori dieses starck entgegen / daß er sein aufgeliessen Gellst auff ein gewisse Anzahl Gulden gerichtet / auch dafür so viel Gulden / als er hingeliessen / wieder empfangen. Daß er aber die Sorten höher / dann man ihm seibige sonst etwan liefern müssen / angenommen: hat er solches seiner facilität zuzumessen. Et ita id, quod semel ei placuit, amplius eidem displicere non potest: ac multa, quæ prohiberi, vel recusari potuissent, jam facta, vel acceptata valent, & rescindi non possunt: præsertim ne lites multiplicentur: rerumque ac factorum aliqua tandem certitudo esset. Dannenhero auch ein hochweiser Rath der berühmten Statt Nürnberg / in einem sonderbahren Decret, de Dato den 13. Maii, Ann. 22 vernünfftig geordnet / was von Interesse Geldern auffgekündt oder bezahlt worden / es darbey allerdings sein Bewandnuß haben solle / ic. Welches dann zumahl fürnehmer Rechtslehrer Meynung gemess zu seyn scheint. Ac in hunc sensum allegari posset decisio Antonii Fabri in Cod. tit. de solut. definit. 25. ubi dicit: quod condemnatio totius debiti, salva imputatione soluti, non restituat obligationem augmenti monetalis pro parte, quæ in executione judicati soluta invenitur. Et placuit communiter quoque: non tam eum valorem inspicere debere, qui edicto constitutus est, quam qui communi hominum usu & commercio frequentatur. Faber dicto tit. definit. 11. Parum enim est, legem esse, si ea non observetur, & in desuetudinem abeat. l. de quibus. 32. in fin. ibique Dd. ff. de legib.

RATIONES DECIDENDI.

306 Essen jedoch / und was anders mehr deroglichen für-gewendt werden möchte / unangesehen / seynd wir einhellig

hellig der endlichen Meynung / ohne Zweifel der Christlichen Natur: und rechtlichen Billigkeit gemess zu seyn: daß der Debitor die vermayndliche beschehene solutionem in keinen weg für sich anziehen / oder dero sich behelffen könne / Sondern was dem Creditori von rechtswegen noch aufständig / er nichts destoweniger zu begehren be-
 311 rechtigt seye. Licet quippe solutio naturalis & verus modus sit tollendæ obligationis. *l. penult. ff. de solut. attamen solutio, quæ obligationem tollat, talis esse debet, ut solvatur id, quod debetur, initio tit. Instit. quib. mod. tollit. obligat.* & uti creditor non debet damnum habere ex mutuo: ita debitor non debet lucrum sentire ex solutione factâ; sed ille id ipsum præcisè consequi, quod revera exposuit; hic, quod accepit. *l. Paulus. 99. ff. de solutionib. l. cum quid. 3. & ibi notat. ff. de reb. credit. & aliud est solvere: aliud, solutum confiteri, gloss. & Bartol. in l. spadonem. 15. §. ratiocinatio. 7. ff. de excusationib. tutor.*

Darumben man dann bey dieser gangen Sach/ folgenden zween Puncten zu erwegen / und benandlich fürs erste zu indagiren: Ob der Creditor weniger dann er davon rechtswegen zu begehren und zupfordern gehabt / empfangen. So dann fürs ander / fahls sich befinden sollte / daß er Creditor ein namhafts weniger / dann ihm gebührt / wiederumb zuhand bekommen / also durch angenommene Bezahlung zum höchsten lädirt / und vernachtheilt / ob Er live mediante beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* zu dem Seinigen wieder gelangen / live generalitatis æquissimi illius edicti, *si qua alia mihi iusta causa, &c.* sich zugetrosten / oder wider die ihm vorgeschriebene / auch mit sonderm Clausulis gespickte Quittung restitutionem erlangen / und folgendes was ihm gebührender massen noch aufstehet / wiederum fordern könne. Worauff dann die resolution der proponirten zween Fragen für sich selbstn erfolgen wird.

312 Belangend derowegen den ersten Puncten / kan bey selbigem nicht gezweifelt werden / dann daß der Creditor mit beschehener Bezahlung / über die massen / und zum höchsten lädirt sey worden / da anderst in facto richtig / daß er diese dreyzehen Tausend Gulden an sechs Tausend fünffhundert Goldgülden / einen zu zween Gulden gerechnet aufgeliessen / Dafür aber anjeko mehr und weiter nicht / dann ein Tausend sechs hundert / zwanzig fünff Reichsthaler eingesecklet. Welches ein solch kundbare unzweifeliche und dergleichen lation ist / so die Gegentheil selbst ohne fernere Ausföhrung beherzigen / dem Gläubigern nicht in Schaden stecken lassen / diesen Unchristlichen Gewinn mit ihres Nächsten so mercklichem Nachtheil in keinen weg begehren / sondern ad liberandam animam & conscientiam, selbiges unfertig Gut selbstn
 314 & ultro non requisiti wieder herausgeben solten: cum peccatum non remittatur, nisi restituatur ablatum. *can. 1. caus. 14. quest. 6. ubi in hunc sensum referuntur verba B. Augustini: si nempe restitui potest. Quia sicut auferre alienum, peccatum est mortale: ita & detinere alienum. Hancque restitutionem requiri ante omnem pœnitentiæ partem, Juris quoque canonici Doctores scribunt. Francisc. de Platea in tract. de restitut. in princ. Atque ut teneas adulteram non est pœnitentiæ capax, sed irrisor: ita & detinens alienum voluntate simul & facto. Summa Astensis lib. 5. c. 19. dicens, quod restitutio est de necessitate salutis: quia est actus justitiæ commutativæ, ad quam observandam omnes sunt obstricti.*

Und diese des Creditoris lation, auch der Debitorum unrechtmässigen Vorthail noch mehrers aufzuführen / wird erstlich von allen Rechtslehrern nunmehr für unstrittig gehalten: Daß kein Schuldner seinem Gläubiger / der ihm mit guter gangbarer / und zumahl in dem Reich passirlicher Münz zu seinem Nutzen und frommen gedienet / oder hievor aufgeholfen / mit dieser Zeit im Schwang gehender überstangerter Münz bezahlen könne / angesehen / in mutuo pro formâ & requisito necessario gehalten wird; ut nummi crediti in eadem bonitate, quâ dati sunt, restituantur, *l. cum quid. 3. ff. de reb. cred. si cert. per. princip. tit. Instit. quib. mod. re contrah. obl.* Et etiam proprietas mutui est, ut idem & tantundem reddend-

dum sit, quantum datum fuit. *l. mutuum damus. 2. in princ. & d. l. cum quid. 3. in fin. ff. de reb. credit. &c.*

Nun hat der Creditor diß Orths die Goldgülden in gar leidentlichem Werth aufgeliessen / es haben auch die Debitores ohn allen Zweifel ihnen selbstn ein mercklichen Nutzen damit geschafft / oder schaffen können / hingegen aber hat der Creditor die Reichsthalern in so hochgestaigertem Werth eingenommen / daß er solche nirgend wiederum unterbringen / oder nützlich anlegen können / in Ansehen / solche Stangerung wieder alle Reichs Abschied / auch in keinem Ort perpetuâ lege approbirt, sondern alsolein per tolerantiam & conniventiam eine Zeitlang geduldet worden. Zumahl niemand anderst dafür gehalten / oder crachten können / dann daß solche Unordnung in die Harr nicht wehren / sondern ehest ein merckliche devaluation vorgenommen werden müsse. Derohalben dann
 317 ferner diese gestangerte Sorten in keinen Weg für die Versprochne / und dem Creditori à debitore verschriebne gute Nürnbergische Marckswehrung zu achten: cum quippe pecunia perpetuam debeat habere æstimationem: & ea, quæ ad tempus tantummodo recepta vel approbata est, für ein Land: oder Stattwehrung mit nichten gehalten werden mag. Tolerantia enim ex prohibitis non facit licita: ac proinde in iudicium deducta, non sustinetur. *Cravett. consil. 86. n. 7. Insuper tolerantia talis ad contractus præteritos, quique temporis successivum tractum habent, porrigi haud debet: sed solum, necessitate ita urgente, ad momentaneos (ut ita dicamus) contractus, qui indies celebrantur, continuoque perficiuntur, spectat. Et quod item tolerantia non plus, quam legi tribuere debeamus; hæcque præterita nequiquam includat, evincunt tradita Gailii lib. 2. observ. 9. sub n. 3. & Ant. Fabri in tr. de var. n. debitor. sol. c. 4. post medium. Heist derowegen in hoc casu: multa per patientiam tolerantur; quæ si deducta fuerint in iudicium, exigente Justitiâ, non debent tolerari. c. cum jam dudum. 18. ext. de præbendis.*

Ingleichen ist unzweifflichen Rechtens: daß die Be-
 319 zahlung an solcher Münz vollzogen werden solle / dabey der Gläubiger keinen Schaden zugewarten / besonders so hingegen der Debitor oder Schuldner einen grossen augenscheinlichen Gewin haben thäte. *d. l. Paulus. 99. ubi Dd. communiter. ff. de solutionibus.* Nun ist offenbar / daß bey grossen Handthierungen (wie zweiffels frey sie Debitores haben) diese Münzstangerung nicht in acht genommen / sondern alles dem Thaler / und dessen alten Werth nach gerechnet / und verkauffet wird. Crescente
 320 etenim nummorum valore, statim rerum pretia crescunt. Derowegen und weil die Debitores, oder ihr Vorfahr / um die entlehnete Siebendhalb Tausend Goldgülden / so viel Wahren erkaufft / welche sie (den Thaler per 8. Gulden gerechnet) anjeko nicht umb Sechzig Tausend Gulden wiederum hingeben würden: Als ist ohn fernere mühsame Ausföhrung billich und offenbarlich recht: daß bey einem solch mercklichen Nutzen / sie den Creditorem gar nicht mit dreyzehen Tausend schlechten Gulden abfertigen sollen oder können. Etenim nemini officium seu beneficium suum damnosum debet esse. *l. sed si quis. 7. ff. testamenta quemadm. aperiant. & nemo ab altero petere debet, ut cum suo detrimento sibi faciat benignè: sed potius qui beneficio mutui est affectus, ad remunerandum, non ad onerandum, naturaliter est obligatus. l. sed etsi. 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hered. Donell. ad d. l. 3. n. 5. ff. de reb. credit. &c.* Et quid, quæso, tam ho-
 322 minem decet, quàm pro beneficiis gratiam habere, & referre studere? præsertim cum natura ipsa nos ad gratitudinem invitet: & bestia suo exemplo eandem nobis commendent? Ac porro etiam jure civili hi, qui de damno
 323 vitando certant, favorabiliores sunt illis, qui solum de lucro captando contendunt. *l. nemo prado. 126. in fine ff. de reg. jur. Cothman. vol. 2. resp. 78. n. 36. & vol. 3. consil. 95. n. 29. Pantschman. question. præct. part. 2. quest. 21. n. 158.* Naturâ namque æquum est: neminem cum alterius detrimento & injuriâ fieri locupletiores. *c. non debet. 22. &c. locupletari. 48. de reg. jur. in 6. Cothman. d. vol. 2. consil. 21. num. 192. & duob. seqq. Hartman. Pistor. lib. 2. question. 43. num. 8.* Et detrahare aliquid alteri;

teri; & hominem hominis incommodo suum augere lucrum, magis contra naturam esse censetur, quam mors, quam paupertas, quam dolor, &c. auctore Cicerone.

- 325 So ist fürs ander / noch mehr ad speciem præsents casus zukommen / ganz unbilligen und fast von niemand widersprochen Rechts: quod, si monetæ probæ extrinsecus sive impositivus valor, vel non auctoritate publicâ, vel ob minoris monetæ intrinsecæ bonitatis deteriorationem fuerit auctus: tunc ea solvenda sit in illa æstimatione, quæ fuit tempore contractûs. Quod bene docet Albertus Brunus de augment. & diminut. monet. part. 6. ubi sic scribit: Equidem illam monetam, quæ in bonitate intrinsecâ mutata fuit, quod attinet: certum est, quod eâ non rectè fiat solutio: cum non liceat de deteriore monetâ in bonitate intrinseca solvere. Sed majus dubium est: an debitor possit solvere de antiqua moneta currente tempore contractûs, quæ nunc autem plus valet computatione institutâ ad valorem, qui nunc currit? Nego: sed inspicendum est tempus contractûs: idque ideò; quia valor antiquæ monete non mutata in bonitate intrinseca auctus fuit propter deteriorationem minoris monetæ magis arosc, seu magis are contaminata: cum deterioratio minoris pecuniæ sit causa augendi valorem extrinsecum majoris pecuniæ, vel melioris. Et sic per consequens subest mutatio in bonitate intrinseca: quo casu attenditur tempus contractûs. Hactenus Albertus Brunus: qui etiam subjicit; se ita consuluisse & obtinuisse. Idem quoque evincit Renner. Budel. de re monet. lib. 2. cap. 2. n. 27. Ac si minuta moneta, tempore solutionis æquæ bona in ligâ seu ratione intrinseci valoris non est, ut antiqua, ad quam taxatio facta est, aut grossæ valor extrinsecus ob hujus minoris depravationem crevit: tunc & dissentientes in hoc conveniunt; quod æstimatio illa taxata sit solvenda, vel in monetis currentibus tempore contractûs, vel in eâ, quæ tempore solutionis est, ad rationem tamen valoris, qui tempore contractûs erat. Barth. Socin. consil. 298. lib. 2. Alciat. consil. 155. & consil. 587. Gratus consil. 12. & seq. Surd. cons. 268. & consil. 392. n. 13. Gratian. discept. forens. cap. 51. n. 20. & Bertazo. tract. clausul. 30. glos. 9. n. 21. Quod & tradit Sixtinus, de regalibus. lib. 2. cap. 7. n. 155. vers. adde, &c.
- 326 Et porro communiùs concludunt: in dubio videri grossam monetam in valore extrinseco auctam: quia minor moneta magis indies ærosior fit. Ita docet Gratus d. consil. 12. num. 53. & consil. 13. num. 39. ubi hanc præsumptionem elicit à communiter accidentibus: & ait, solita haberi pro probatis, Cephal. cons. 37. n. 10. Menoch. consil. 49. n. 3. Surd. consil. 438. aliq. per eos citati.
- 327 Deinde, etsi florenus consideratus solummodo, ut est imaginaria pecunia, propriè non recipiat intrinsecam vel extrinsecam bonitatem: respectu tamen ejus, per quod constituitur, verè ita considerari, dicique potest; ut bonitas, quæ de partibus prædicatur, etiam de toto; quæ de integrantibus; etiam de integrato; quæ de constituentibus, etiam de constituto enunciatur. Sicque cum usualibus florenis, in contractum deductis, addi plerunque soleat, So viel oder so viel Gulden / jeden zu 15. Bagen oder 60. Kreuzer gerechnet / &c. certè ad eosdem bacios vel cruciferos respici videtur. Habere autem cruciferos, bacios & semibacios certam ac determinatam bonitatem, manifestum est auß dem Münge dict. de Anno 1559. §. zum siebenden / &c. Cum itaque is, qui florenum imaginarium debet, rectè dicatur debitor 60. cruciferorum, seu 15. bacionum; sic eodem modo ac si in obligatione solum positum esset; tot vel tot cruciferos, quot floreni resoluti constituunt, deberi: illi secundum bonitatem intrinsecam temporis contractûs sunt præstandi, uti rectè argumentatur Surdus consil. 368. n. 11. vers. 4. Atque eâ ratione, & in consequentiam mutationem bonitatis intrinsecæ vel extrinsecæ etiam in genericâ pecuniâ plurimi constituunt Doctores, Alciat. cons. 155. Socinus cons. 321. vol. 3. Capra cons. 29. Calcan. cons. 14. Rubens cons. 17. aliique à Surdo d. consil. 368. ut & cons. 406. num. 7. & 8. ac quoque consil. 220. num. 15. laudati: contrariamque considerationem esse solum verbalem, non substantialem; tradit Faber. d. tractat. de var. num. debitor. solut. cap. 12.
- 328 in med. & cap. 21. in med. ubi quoque ait: bonitatem flo-

renorum metiendam esse ex bonitate specierum, ex quibus conficiuntur; ac si florenorum species aliqua esset conflata ex 12. solidorum bonitate intrinsecâ. Atque ad jam dicta respexit etiam Molinaus in tract. de usur. num. 749. dum scribit: Si pecunia in genere abstracto debeatur; attendi & exigi juxta communem sententiam, intrinsecam bonitatem temporis contractûs. Sed & Cameram Imperialem (quæ juris veritatem æquitatemque, non cerebrinam, sed verâ juris analogiâ subnixam, semper sectatur) secundum hanc opinionem in occurrentibus casibus judicare, diversa edocent præjudicia, quæ & in terminis imaginariæ monetæ versantur. Atque plura ex tomis sententiarum Cameral. Bartii collegit Andreas Knichen in Comment. de Sax. non provoc. jur. cap. 5. num. 595. Quibus accedunt recentiora: quæ omnibus, qui Spiræ praxi Camerali operam dant, notissima existunt: & indies ferè mandata de solvendo, in eum sensum decernuntur.

Ingleichen / und wann einer schon ein solche Werbung anzunehmen in der Verschreibung setzen läßt / die jederzeit oder tempore solutionis gibig seyn wird: ist doch solche clausula ad hanc insolitam & injustam, nullibi approbatam, ac præter omnium opinionem exortam depravationem, ac consequenter inde causatam auctorem monetæ, in keinen weg zuziehen. Nec enim verba contractûs ad incogitata, qualia sunt exorbitantes monetarum depravationes & mutationes, atque ex iis apparenter subsequens immensum augmentum, trahi debent. Calcan. consil. 15. num. 16. Purpurat. consil. 522. Post Guidonem Papæ, Socinum, Pinelium, & Solam. Surdus cons. 454. num. 17. Quare contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. Rub. consil. 17. Surd. cons. 406. num. 3. præsertim hoc rerum statu considerato, ubi eâ ratione credita ad nihilum penè reducerentur. Nam suum remittere, jactare aut donare nemo præsumitur. l. cum de indebito. 25. ff. de probationibus. In hac igitur clausulâ, verba (in valore, qui tempore solutionis usualis erit) intelligenda sunt de valore extrinseco, qui suis constat legitimis requisitis [ubi nimirum ille valor non nimium injustus, ac etiam perpetuus, non temporalis tantum est] cum quælibet locutio in suo proprio significato sit accipienda. l. quicquid astringenda. 99. ff. de verbor. obligat. & ut non includat publicis legibus adversantia, Surd. cons. 182. num. 3. & seq.

Drittens / daß auch der Reichsthaller pro 8. Gulden niemahlen für Nürnbergische gute Marktswehrg gehalten worden / ist offenbar / und gibt eines Wohlweisen Raths Decretum, de Dato den 29. Maij, Anno 1621. solches überflüssig zu erkennen / als darinnen gesetzt zu befinden / daß die / von Tag zu Tag aufwachsende Stangerung der groben Gulden und Silbermünzen / wolgedachter Rath / als des heiligen Reichsordnung zuwider / niemahls gebillicht / sondern mit ernstlichen mandaten, derselben nach höchstem Vermögen abzuwehren / sich bemühet. Gestaltsame dann eben selbiges in dem Decreto, den 20. Septemb. ejusdem anni, auch mit mehreren Umständen wiederholet worden. Mag derowegen dieser abus für kein consuetudinem oder herkommen angezogen werden. Namque ad consuetudinis validitatem, præter tacitum populi consensum, etiam præscriptio seu diuturnum tempus l. diuturna. 33. ff. de legib. c. ultim. in fin. ibi, & legitime sit præscripta, ext. de consuetud. & actuum æqualitas ac frequentia. l. 1. c. quæ sit longa consuetud. & rationalitas insuper requiritur. d. c. ult. circa fin. ibi, nisi fuerit rationalis. ext. de consuetud. Gail. lib. 2. observ. 31. num. 1. Mynsing. resp. 10. num. 32. decad. 2. nec non respons. 32. decad. 2. Ernest. Cothman. lib. 1. resp. 13. num. 15. Quæ requisita deficiunt in hoc casu simul cuncta.

Wann dann auß jetzt deducirtem ohn widersprüchlichem erscheinen thut / daß der Creditor durch diese solution oder annehmung der Sorten in zu viel hohem Werth / gleich illo ipso tempore solutionis in keinem Weg nur ultra dimidium lädirt, sondern nicht den vierden Theil dessen / so ihm hieoben erwiesener massen Recht und Christlicher Billigkeit wegen gebühret / hätte empfangen

empfangen/er Creditor auch tam in jure communi, quam statuario (ipso infcio, & paulo ante solutionem promulgato) sich weit geirret/zumahl von den debitoribus nicht ohne gefahrdt hindergangen/ und zu annehmung dieses überstangerten Gelts bewegt worden: als folget hierauf/ daß der Debitor ohn allen Zweifel/ und von rechtswegen/ contra acceptam illam iniquam solutionem, datamque quietantiam, und darinn begriffner renunciation gehabt juris zu restituiren, oder wiederum in alten Stand/ inque vetus jus, quod habuit tempore illius solutionis, zusehen sene Quamvis enim in actu liberatorio communior sententia haud admittat remedium l. 2. C. de resc. vendit. verior tamen sententia est; tam ex parte debitoris, plus solventis, quam ex parte creditoris minus accipientis, quamlibet læsionem ob errorem esse emendandam: nec etiam expectari debere, an excedat dimidiam partem ejus, quod solvendum erat, arg. l. 1. §. 1. ff. de jur. & fact. ignorant. l. error. 7. C. eod. & utrobique Dd. Idque etiam in terminis tradit Arius Pinelus ad d. l. 2. part. 1. cap. 4. num. 7. & seqq. C. de rescind. vendit. Concedenda ergo est restitutio hoc nostro in casu creditori, ex clausulâ illâ generali, verèque salutari, si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores, &c. vigore cujus ubicunque æquitas suggerit, & id specialiter jure prohibitum non reperitur, Judex arbitrio suo restituere potest. Sfort. Oddus in tract. de in integr. restitut. part. 1. quest. 8. art. 6. Et quamvis error juris quibusdam non videatur iusta causa restitutionis. Bartol. in l. divus. 3. v. 2. ff. de re judic. & in l. cum fideicommissum. 7. n. 4. ff. de confessis. attamen si jus esset obscurum & implicitum, & quilibet etiam peritissimus errare posset, vel saltem subsistere: tunc restitutio concedi solet. Sfo. Oddus jam modo landato loco. Quòdque error juris intricati excuset, tradit Capycius dec. 69. num. 39. Errorque juris dubii, æquiparatur errori facti Curt. consil. 6. fol. 77. colum. 4. & fol. seq. col. 2.

Nun ist aber gleichwohl bey allen / so von dieser Sach nicht parteyisch/ sondern ohne affect, adulation oder angnen Nuz urtheil en/fast gar unzweifelichen Rechtens: daß keiner/so gut Gelts aufgeliichen / an dessen statt wiederum zu hochgestangerte Sorten annehmen müsse: weil jedoch unterschiedliche Obrigkeiten und Stånd deroglichen Auflösungen sich angemasset / zumahl etliche Rechtsgelehrte sich befunden / die deroglichen beginnen billichen wollen / und zu diesem end allerhand argumenta oder Behelff aufgesucht: also hat leichtlich der Creditor irr gemacht / und dahin gebracht werden mögen / daß er sich von den Debitoribus oder ihrem Anwaldt übereylen / und zu solch schädlicher Zahlung bewegen lassen; welches aber ihm billich diese restitutionem verschaffen / und nicht schädlich seyn solle / weil fürnemlich (wie auch hieoben angezeigt) er de damno vitando, adversarii verò de lucro captando certiren thum. Quo in casu ei, qui damnum passus est, haud nocet ignorantia juris. l. erro. 8. §. 1. regula. 9. ff. de jur. & facti ignorant. Idque notavit etiam Hippolytus de Marsil. in practica sua crimin. §. nunc videndum. num. 17. volens, quòd in tantum ignorantia juris non noceat in damnis evitandis: ut etiam si causa esset lucrativa, quæ tamen haberet originem à causa onerosa, ea non debeat obesse, per gloss. singul. in l. si donaturus. 9. §. fin. & ibi Bald. ff. de conditione causa data. &c.

Ferner hat der Creditor auch einer ignorantie paulò ante solutionem promulgati decreti sich zubeheiffen / indem er nemlich / wie in casus figuratione erzehlet/ vermög Nürnbergischen Decrets, den 20. Decemb. de anno 21. die grobe Sorten außs wenigst (Nam nec ad tantum valorem, vigore decreti interpretativi de Anno 23. den 13. Maij, tenebatur) kaum um das dritte Theil so thewer/ als von ihme beschehen / annehmen dörfen / welches er aber in keinem weg gewußt / und ihme / wie leichtlich zu vermuthen / gänglich verborgen gewesen / Forensis autem potest petere restitutionem in integrum, ex clausula illa generali, adversus statutum, quod ignoraverit. Johan. Andr. ad rubr. ext. de consuetud. las. in l. quamdiu. §. in fin. C. qui admitti ad bonor. possession. poss. Quòdque forensis restituatur propter ignorantiam juris municipalis

alicujus loci, si inde fuerit læsus, omnes communiter tenent. Innocent. & alii in rubr. ext. de donat. & post eos Alexand. consil. 37. num. 23. lib. 2. Hippolyt. de Marsil. in l. fin. num. 78. ff. de jurisdic. Molin. d. tractat. de usur. sub num. 747. vers. cum quia, &c. Roland. à Valle consil. 42. num. 26. lib. 3. Cephal. consil. 146. num. 39. lib. 1. Gabriel. Roman. in tit. de consuetud. conclus. 2. num. 18. Namque ignorantia, quæ etiam prudentissimos fallit, quin sit iusta causa restitutionis, non dubium est. l. 1. §. 1. ff. de itm. actuque privat. & ibi Bartolus. Sed talis hæcce reputatur. cap. 1. de constitut. lib. 6.

Noch weiter / und in bedenckung / der Creditor durch diese angenommene Bezahlung nicht nur weit über das halb theil & ita enormissimè lædirt / sondern kaum den fünften theil dessen/ so ihm von rechtswegen bezahlt werden sollen / empfangen: Als ist er auch hanc ipsam propter enormissimam læsionem, ex sæpe dicta clausula salutari & generali, desto unzweifflicher zu restituiren. Talem enim enormissimam læsionem omnia jura, eorumque Interpretes abhorrent, & nunquam non adversus eam restitutionem concedunt; l. in contractibus. 3. ubi Dd. C. quibus ex caus. majores in integr. restituant. Quippe ubi enormis læsio adest, ibi dolus adversarii intervenisse putatur; qui semper locum restitutioni facit. l. si superstitie. §. C. de dolo malo. l. 2. C. de rad. minor. junctâ. l. 1. C. si advers. vendit. pignor. Et ita Dd. communiter tradunt, Ripa consil. 4. num. 8. Nevizan. caus. 22. num. 18. usque ad finem. Mauriti. in tract. de restitut. cap. 380. qui loquitur de dolo præsumpto, resultante ex hac enormi læsione, de qua agimus. Mascardus, post multos alios, conclus. §. 32. num. 25. & seq. ibique num. 31. dicit; hoc procedere, etiam si expresse fuerit renunciatum enormissimæ læsioni: aut [ut in nostro casu] etiam si fuisset solennis apocha data: nam tunc nihilominus agere posse, aut restitui debere ita læsum.

Welches dann destomehr in gegenwertigem fall statt haben soll / dieweil nicht allein ein dolus re ipsa, allhie / sondern auch ex proposito enthalten / indeme nemlich der Creditor durch der debitorum diener [qui hoc factum vel jusserunt, vel ratum habuerunt vel adhuc dum detinent id, quod ipsorum minister callidissimâ fraude extorsit: sicque se doli, à suo ministro commissi, participes fecerunt, arg. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obligat.] listiglich hindergangen / übereylet / und mit verschweigung des berait zu Nürnberg publicirten widrigen Decrets mit einem erdichten fürgeben / daß seine Herrn den handel von sich lassen wollen / sein zwischen den zihlen beschehen uffkünden beschönet / zu annehmung dieser hochbestaigerten Sorten listiglich veraitet oder beredet worden. Da hingegen / wann ihme Creditori dieses Decretum wissent gewesen / oder angezeigt worden / er ohnzweifflich den Sachen besser nachgedacht / andere zu raht gezogen / und außs wenigst den Thaler anderst nicht dann per 3. Gulden 15. Kreuzer angenommen het: te. Nunc autem certi juris est: adversarii dolum & callidam machinationem justam præbere causam in integrum restitutionis, per textum in c. ex literis. 4. ext. de in integr. restitution. & l. Divus. 7. §. 1. ff. eod. ibique ratio ponitur, quare non detur hoc casu actio de dolo, sed restitutio: quia scilicet illa famola est, & non concedenda, nisi demum omnia alia remedia cessent. Ac ita sine scrupulo tenendum, ait Sfortias Oddus d. tr. de restitutionib. part. 1. quest. 12. artic. 1. Idque procedit etiam tunc, cum dolus adversarii non in commitendo, sed in omittendo duntaxat consistit. Oddus d. quest. 11. artic. 2. Nuhn ist dieses abgeordneten dolus nicht allein dahero abzunehmen / weil er das Nürnbergsche Decret, darinn die Reichsthaler allein um 3. Gulden / 15. Kreuzer gewürdigt / gewiß / und dem Creditori nicht eröffnet / sondern er ist dannenhero fürnemlich à manifesto dolo nicht zu excusiren, weil er contra juris statuarii, benandtlich erst angedeuten Decrets, apertam prohibitionem, ante terminum auffgekünd / oder die solutionem zu seiner Herrn mercklichem Gewinn / und ohnwie derlichen Nachtheil des Creditoris, anticipirt. Jam vero nemo negare potest, dolosè agere eum, qui contra

juris prohibitionem aliquid agit, sibi que vel suis lucrum captat. *Mascard. conclus. 532. n. 10. & num. 47. ac 52.* Et porro quando aliquis cum alio contrahens, tacet aliqua, quæ si expressisset, alius verisimiliter contractum non fecisset; præsumitur dolus contra talia tacentem: & tali contrahenti subveniri debet in odium tacentis; ut responsum fuit ab Alexandro, *consil. 109. viso processu inter Antonium. num. 10. & seq. lib. 4.*

347 Nun hat der Debitoren Diener/und auch sie selbst/ das Nürnbergische Decretum de Anno 1621. Den 20. Decembris (darinnen gesetzt und gebotten / daß kein Debitor befugt seyn solle / vor darin angesetztem termino Trinitatis, jemand sein Geld gefährlich und in fraudem creditoris aufzukünden / damit der Gläubiger so gut Geld hergeliehen / nicht vortheilt werde / etc.) unstrittig gewist / aber zu ihrem eignen Vortheil verschwiegen. Hingegen ist dem Creditor der tenor dieses Statuti gar nicht wissend gewesen. Idque in casu necessitatis, ipsius juramento probari potest: cum ignorantia sit res in animo sita. *late Mascard. conclus. 82. per totam.* Eaque ignorantia creditoris exinde etiam probabilis omnino fit: quod aliàs suum jactasset, inconsultèque prodegisset; id quod nullo modo præsumi solet. Darumen dann auch der Creditor, sobald er dieses Decreti Inhalt in Erfahrung gebracht / noch vor Ausgang des Monats (qui ex juris dispositione ad revocandam apocham sive quietantiam, *ut supra in 1. decidendi ratione probatum est*, benamset ist) sein niedrige Meinung erkläret / auch daß er mit solcher vermeynten Bezah'ung nicht zufrieden seyn könne / protestiret. Noch weiter erscheint dieses Dieners dolus dannenhero / weil er (wie in casus figuratione gesetzt) grosse Freundschaft simulirt, seine Reden gar scheinbarlich gesetzt / und damit ihne creditorem zu annemung der unbillich / & contra Decretum Senatus Norimbergici fast drenfach erhöchter Reichsthaler / inducirt oder be-
348 redet. Nam quod ex his persuasionibus præsumatur dolus ex proposito, respondit Proculus, *in l. cum quis. 31. & ibi Bartol. ff. de dolo. & tradidit etiam Glos. 2. in l. apud Celsum. 4. ff. de doli mali, & met. except.* Ille v. hisce in casibus dicitur persuasor, qui aliquid persuadet ad sui commodum, ut docuit Bartol. *in l. non solum. 11. §. si mandatu. 3. colum. 2. numero 15. ff. de injur.* Imò unica persuasio, per quam quis inducitur ad aliquid faciendum, habetur loco coactionis & compulsionis per l. cum, qui. 5. C. de apostatis, & l. 1. ante finem. C. de raptu virgin. cum multis allatis à Cravetta in *consil. 192. sub num. 12.* Ut & quando quis contra æquitatem scienter aliquid facit: tunc præsumitur in eo dolus. Ita cavit Papinianus, *in l. qui æquitate. 12. ff. de doli mali, & met. except.*

Es hat aber diß orths der Debitoren Diener contra juris statuarii prohibitionem, æquitatemque ipsam gehandelt / indem er dem Creditori für sein gutes Geld / diesen hohen Werth der Reichsthaler uffgetrungen / idque tempore prohibito, und da man vermög Decrets keinem uffkünden solle. Prohibito autem tempore aliquid faciens, præsumitur esse in dolo, *Gratus respons. 36. num. 2. vol. 1.* und würdt dieses Dieners dolus & calliditas auch dannenhero erweisen / weil er sich so sollicitè quitiren lassen / dem Creditori selbst ein Quittung vorgeschrieben / und selbiger starcke & insolitas clausulas, quinimò etiam non veras, daß nemlich er Creditor seine drenzehen tausend gulden ohn einigen Abgang und Mangel (cujus contraria veritas in propatulo est) empfangen / inferirt. Nunc autem insolita cautela arguit dolum, ut auctor est Baldus in l. testamentum. 17. Cod. de testament. & *consil. 57. vol. 2.*

351 Cui accedit Gratus *resp. 53. numero. 10. vol. 1.* atque
352 Curtius Jun. *consil. 178. num. 13. part. 2.* & Bertrand. *consil. 126. num. 10. vol. 3.* Et pertinet in super huc omnino illud, quod tam Theologi, qui casus conscientie tractant, quam etiam Jurisconsulti tradunt: si quis vendat merces suas precio currenti, sciens, brevi alias ejusdem generis in magna copia superventuras, emptoribus id ignorantibus; eum contra justitiam peccare, atque ad restitutionem teneri, Conradus Summerhardt, eximius quondam Theologia in hac nostra Academia Professor, *in tr. de contract. quest. 62. & 63.* quem sequitur Joannes Medina

in tr. de restit. quest. 35. Abundantia etenim illa brevi superventura, reverà minuit precium: idque si sciretur, re ipsa decrederet statim precium, antequam merces illas supervenirent. Ergo qui sciens vendit tunc precio currenti, vendit ultra justum precium: atque adeo contra justitiam peccat, restituereque tenetur. Præterea quoniam communis aestimatio, tunc currens, fundatur in errore ac ignorantia, quod tot merces accessura sint: ergo precium justum attendi non debet tunc secundum illam communem estimationem, sed secundum rei veritatem. Si itaque talis scientia facti futuri contingentis, bonam perimit fidem: quid, quæso, dicerent æquitatis christianæ studiosissimi illi Doctores de eo Ministro, qui creditorem nostrum ita circumvenit? Eandem illam questionem, 353 tractat quoque Ludovicus Molina, *in tr. de justit. & jur. tom. 2. disputat. 354.* ubi casum consimilem proponit, huicque nostro magis congruentem; dum nempe scribit: intervenire peccatum contra justitiam cum restituendi onere, si quis sciens conditam esse legem, quâ precium frumenti sit minuendum; aut si pecuniarum valor sit deponendus: ut in Lusitania valor æreorum nummorum superioribus annis ferè in duplo lege publicâ meritò fuit imminutus: & ita propter scientiam ejusmodi legis, nondum promulgatæ, plus vendat frumenti cum aliorum jactura, qui illam legem ignorabant, quàm alioquin erat venditurus: aut plures earum pecuniarum, cum aliorum similiter jactura expendat, quàm seclusa ea scientia erat distracturus. Cumque hac sententiâ consentit etiam Bartolus *in l. quæro. 39. ff. de actionib. empt.* quem sequitur Covarruvias *in regula, peccatum. de reg. jur. in 6. part. 2. §. 4. num. 6.* ita etiam in exteriori foro judicandum esse assertat. Et eandem sententiam confirmat expressus textus *in l. si vina 15. in fin. ff. de peric. & commod. rei vendit. & adstipulatur meritò Pinelus in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 3. capite 2. num. 21.* eò, quod qui utitur scientiâ legis, antequam promulgetur, ad se ipsum ditandum cum aliorum jacturâ, utitur scientiâ rei, quæ omnibus debet esse communis, in aliorum detrimentum: ac proinde injuriam illis facit. Idem sentit præterea Alvarus Valascus *consil. 64. in fin. num. 8. ubi plures refert.* Alium adhuc casum, nostram deci- 354 sionem non parùm roborantem, recenset idem Molina dicto loco, ita scribens: Cum fama esset, eos, qui in hac civitate Conchensi facultatem à rege obtinuerant cudendi nummos æreos, multum eam facultatem excessisse, resq; ad Regem esset delata, isque secreto correctori civitatis præcepisset, ut moneta domum clauderet, nec fieret amplius cudi monetas, aut quicquam ex eâ domo extrahi: idque antequam executioni mandaretur, ad cujusdam notitiam devenisset, qui in eâ domo ingentem massam aris, argento permixti, atque in laminas jam redacti, ut moneta inde conficerentur, habebat. Is massam illam sex millibus aureorum cuidam vendidit, qui rem prorsus ignorabat, multa causatus, cur venderet, quibus emptorem ad emendum adduxerat. Clausa autem subito paulo post moneta domo dubitari cœpit: an contractus justus, validusq; fuisset, tenereturque emptor periculum illud subire, & solvere precium, quo massam illam emerat? Multi affirmanter responderunt: Ego tamen semper constanter dixi, contractum fuisse nullum, neque emptorem precium solvere teneri. Ducebar ego in primis; quoniam venditor usus fuerat ad vendendum, rejiciendumque in emptorem damnum ac periculum proprium, scientiâ decreti principis occulti, antequam executione mandaretur. Deinde venditor non adduxit emptorem ad emendum solâ mercis expositione ad vendendum: sed confectis multis, quibus illum ad emendum persuasit; ut eâ ratione damnum ac periculum quod sibi imminabat, reiceret in emptorem. Id autem non licere, adque fraudem ac dolum spectare, dubio caret. Hactenus Molina.

Nun thuen wir allhie in weit stärckern terminis versieren, da benandtlich der Debitor nicht nur gewist / daß ein dergleichen Statutum oder Edict im Werck / oder bald publicirt möchte werden / darinnen die zu viel hoherstange-
gerung der Sorten gemäßiget werden möchte: sondern es ist dergleichen Decret bereits öffentlich uffgekündt / und darinnen noch dargu verbotten worden / daß in fraudem
und

und Nachtheil der Creditorum jemanden eine alte schuld/ da er gut Gellst empfangen / ablegen oder auffkünden solle. Diesem prohibitivo Decreto entgegen / haben die Debitores durch ihren Dienern / dem solchen Decrets unwissenden Creditori die Aufskündung thun / auch ihme die Sorten bereits offterwehnter massen viel zu hoch einschweigen lassen. Dem allem nach ist nichts anderst zuschließen / dann daß dem Creditori, als welcher enormissimè lädirt / auch kaum das fünffte Theil / so ihme sonst gebührt / empfangen; wie dann zu annemmung dieses Gellts callidâ fraudulentaque circumventionem Debitorum hintergangen und verleitet worden / das heylsame remedium restitutionis competiren und gebühren thue.

355 Worauffer demnach ferner erfolgt / daß mediante hoc juris beneficio, der Creditor in demselbigen Stand wiederum zusehen und gelangen thue / darinnen er zuvor / & ante hanc acceptatam solutionem gewesen; Also nunmehr die Sach dahin gelangt / als wann diese Anzahl Reichsthaler erst heut zu tag ihme präsentirt würde. Restitutio enim est prioris status vel juris redintegratio. d. c. ex literis. 4. ext. de in integr. restit. l. 1. C. de sentent. pass. ac per judicium rescindens res eum statum assumit, quem jam induerat tempore lationis. Mauritius in tractat. de restitut. in integr. cap. 4. num. 2. Worauffer noch ferner folgen thut / daß anjeko der Creditor in keinen weg mit Reichthalern per 3. Gulden 15. Kr. der Nürnbergischen valuation gemess (weil selbige nicht auff Ablegung alter Schulden / da man gut Gellst empfangen / in krafft des letzten declaratorii Decreti, de Anno 1623. den 13. Maij ergangen / zu verstehen oder zu ziehen) contentirt oder abgefertigt werden könne / sondern solches per supra satis late deducta, & secundum Norimbergense Decretum ultimum, an selbigen Sorten / oder gleicher Güte und Werth / wie sie tempore mutationis den Debitoribus behendigt worden / beschehen müsse.

RESPONSIONES AD DUBITANDI RATIONES.

Und halten wir unnoth zu seyn / die hieroben gesezte dubitandi rationes mit weitläufftiger Ausführung zu hindertreiben / Angesehen / was in der ersten von zugestellter Quittung, herausgebung des Schuldbrießs / und annehmung der Bezahlung eingewendt worden / solches dem Creditori derentwegen nicht nachtheilig seyn kan / weil er per supra satis luculenter deducta hierwieder in integrum zu restituiren.

356 So mag ingleichem fürs ander dem Creditori obangezogen sezt Nürnbergisch Decret (darinnen geordnet / was seithero bezahlt worden / es dabey sein verbleibens haben solle) der Ursachen nicht hinderlich seyn / weil solches Statutum auff gegenwertigen Casum nicht zubeziehen / ubi solutio extra territorium Statuentis geschehen / argum. l. ultim. ubi Dd. ff. de jurisdict. Quoddamque tale statutum extra territorium statuentium nullatenus, nullo respectu locum habeat propter ejus exorbitantiam, censet Sfortias Oddus d. tract. de restitut. in integr. part. 1. quest. 15. artic. 1. num. 30. Et præterea restitutio in integrum, præsertim propter dolum adversarii competens, statuto tolli nequit: quia beneficium restitutionis in integrum dicitur fundatum in naturali æquitate, secundum Baldum in addit. ad Spec. d. tit. de restitut. col. fin. vers. item illud, &c. Sed jura naturalia non possunt tolli aliqua lege, vel statuto §. sed naturalia. l. 1. Instit. de jure natur. gent. & civ. Cumque hoc statutum non adimat restitutionem, sed tantum roborat solutionem factam: nullatenus extendendum est extra proprium casum, de quo est conceptum. Paris. consil. 13. num. 43. 44. & 45. lib. 1. Pet. Ant. August. consil. 38. num. 8. lib. 2. Et ideo si statutum tollat restitutionem in integrum ex uno edicto, non intelligitur tollere ex alio competentem. Paris. d. consil. 13. num. 45. Ac si aliquid lege prohibeatur retractari: haud ideo intelligitur prohibita restitutio in integrum, per textum in l. in causa. 16. ff. de minorib. Licet in contrarium allegetur à quibusdam, ut advertit Nevizanus consil. 17. sub num. 7. lib. 1. & inquit: quod si Baldus ali-

ter diceret, falsum diceret. Et idem sequitur Socinus Senior consil. 299. capio primum. colum. fin. lib. 2. & Jason in l. 1. ff. de jurisdict. & plenè refert ac tenet Marfilus in sua pract. crimin. §. opportunè. num. 58. & 59. ac etiam Alexand. in addit. ad Bartol. in l. 1. §. & parvi ff. quod vi aut clam. Ajunt etiam nostri Doctores: quod statutum, 357 adimens restitutionem, non procedat, quando statuentes, vel consuetudinis inductores recognoscerent Superiorem. Arctin. in l. more. 8. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Nec item procedit statutum prohibens restitutionem in casu enormissimæ lationis: quia propter præsumptum dolum adversarii, qui continetur in tali latione, non valeret statutum, tanquam præbens causam doli committendi, & sic peccati. Capou. consil. 17. in fine. Quin nec prohibitum intelligitur beneficium restitutionis in integrum, ex eo, quod adversariò plenissima securitas à lege est promissa, arg. l. omnes. 4. in fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi promittitur plenissima securitas illi, qui possedit 40. annis: & tamen contra eum datur restitutio in integrum ex capite ignorantie, secundum sententiam magis communem, per notata Sfortia Oddi d. tract. de restit. in integr. part. 2. quest. 90. artic. penult.

Quemadmodum supra decisivè continetur: ita nos Decanus & ceteri Professores Facultatis juridicæ in Academia Tubingensi, unanimiter sentimus & consulimus, nec non juri Justitiæque consonum esse, respondemus, &c. Actum in consilio nostro, die 27. Junii, Anno 1623.

Quartum Juris Responsum, à Collegio Facultatis Juridicæ Tubing. super re monetali conscriptum, Mense Septemb. Anno 1623.

Facti Species.

358 Es hatt ein fürnehme Stadt des Heiligen Römischen Reichs / voriges Jahrs den Sommer über / auch erst erschienen Wenhenacht / als der Thaler der Orten noch zehen Gulden gegolten / etlich Tausend Thaler / jeden zu sechs Gulden / von verschiedenen benachbarten Bürgern zu dem End um Verzinsung auffgenommen / damit für dero arme Burgerschafft benötigte Victualien, erkaufft werden mögen / auch sich um solch Gellst in unterschiedlichen außgefertigten Hauptbrießen dergestalt verschrieben / daß sie nemlich dem Gellstkäuffern N. N. Gulden Reinish in Münz / guter genehmer unverrüfster Landstreue / jeden Gulden zu 15. Bagen oder 60. Kreuzer geraith / rechts / stehts jährlichs gewisses Zins und Gellts zu kauffen geben: daß auch solcher Kauff um N. Tausend Gulden / obgemelter Wehrung zugehen und beschehen / re. mit dem fernern Anhang / daß die Herrn Gellstverkäuffere Macht und Gewalt haben sollen / nach Verschreibung der nächstfolgenden zweyer Jahren / hernacher in welchem Jahr sie wollen obbestimpte N. Gulden Zins gelt / mit N. Tausend Gulden obgedachter ohnverrüfster Landstreue wiederum zu kauffen und abzulösen / wie nicht weniger dem Gellstkäuffer frey und bevorstehn solle / nach den bemelten zweyen Jahren das Capital gleichfalls wiederum auffzufordern. Wann nun aber ohnlangsten / in dem hochlöblichen Schwäbischen / auch benachbarten Kraissen mit gemeinem Schluß die Sorten den heylsamen des Heil. Reichs Ordnungen etwas neher gebracht / und nemlich der Thaler allein um anderthalben Gulden valirt worden: Als fallet diese gar 359 præjudicirliche Rechtsfrage für / ob die Herrn Gellstverkäuffere / sowohl an raichung der Zins / als künftiger Abstattung des Capitals den Thaler per anderthalben Gulden zuerrreichen / oder aber die Gellstkäuffere den Thaler per 6. Gulden / Inmassen sie selbigen hievor / und bey erkauffung dieser Gellst außgebracht / wiederum anzunehmen schuldig und verbunden seyen?

Und weil wir Decanus, auch andere Doctores der Juristen Facultät bey gemeiner hohen Schul Tubingen / hierüber unser Rechtmeßig / sowohl Göttlichen / als Weltlichen / besonders aber des Heil. Römisch. Reichs Rechten und Ordnun-

Ordnungen gemäſſes Bedencken/ wie nemlich die Herrn Gültverkauſſere mit wiederablegung obangedeut aufgenommen Hauptguts / und darvon verfallener Jahrszinsen / ſowohl jetzt / als ins künfftig ſich zuverhalten haben / daß es gegen der Erbarkeit und höchſten Juſtitia zu verantworten / und ein mehrers von derſelben ihnen nicht aufzulegen ſeye / fürderlich und auff das kürgeſt zutheilen / gebührend erſucht worden: Als haben wir ſolches in keinem weg abſchlagen können. Und ob uns gleich unverborgen / daß etliche berühmte Collegia faſt dahin ſchließen wollen / daß ſelbige / ſo bey geweſtem / und noch nicht aller Orten abgeſetztem unrichtigem Münzwesen / ein Anzahl Gulden an guten Sorten / doch in hohem Werth aufgenommen / anieſo nach dero Abſetzung nichts deſtoweniger Gulden für Gulden / und zwar die Thaler / oder andere gute Sorten in dem Werth / wie ſie tempore ſolutionis gewürdigt / außbezahlen müſſen / Geſtaſſame dann Herr Joha. Wolffgang Hiller / in ſeiner genandten Informatione juris & equi, ſo vor wenig Wochen zu Augſpurg / ſumptibus Sebaſtiani Mylii getruckt worden / eben dieſe Meynung operoſe mit etlichen Brocardicis ambidextris (quæ ſc. eadem facilitate contra eum retorqueri poſſunt) zubeaupten / ſich unternommen: deſſen jedoch alles ohnangesehen / ſeynd wir nach reiffer Erwägung aller hinc inde militirender rationum, der einhelligen Meynung / daß in gemein und regulariter, ſelbige / ſo die Münzen in hohem Werth aufgeliſehen / ſolche in gleicher valuta unzweiffelig wieder anzunehmen ſchuldig. Id quod in duobus Reſponſis, itidem Auguſta Vindelicorum impreſſis (quorum unum prædicti D. Hilleri reſponſo juris, über die Frag: Ob ein Schuldner ſeinen Glaubiger / der ihm vor dieſem mit guter gangbarer / unverruſſter Reichsmünz Lehenſweiſe aufgeholfen / mit jeziger im Schwang gehender / geringhaltig oder geſtaigerten Münz / rechtmäſig bezahlen könne? in Octavo, a fol. 90. usq. 128. annexum: alterum verò in quarto, ſub titulo, *Tria eſponſa juris*, &c. extat, & numero primum eſt) ſatis nervoſe ac variis juris & equi rationibus, necdum à Dn. Hillero enervatis, deductum & approbatum fuit. Conſentit non ſolùm inſclita Univerſitas Helmiſtadienſis, quàm D. Hillerus in d. ſua informatione. fol. 57. perperam pro ſe allegat: ſed etiam Juſtiſconſultus quidam Anonymus, qui ad Volckmari & Hilleri reſponſa notas addidit, Spiræ impreſſas, pag. 99. nec non Henricus Petreus, in reſponſo contra Ingolſtadienſes, itidem Spiræ impreſſo.

So eraigen ſich auch bey hievor geſetztem / uns überſchafften caſu kein derogleichen particular Umſtand / darum wir von oberwehnter Meynung abweichen ſolten: Sondern vielmehr ſeynd diß Orts beſtändige Circumſtantia alſo bewandt / daß zuverſichtlich auch jenige Rechtsgelehrten / die ſonſt einer widerigen Meynung ſeynd / ſich diß Orts von unſerer Deciſion ſchwerlich abſondern werden mögen.

362 Dann erſtlich / iſt nunmehr aller Rechtsgelehrten faſt einhellige / auch von Ehrngedachtem D. Hillern ſtarck beſtrittene Meynung / daß in wiederablöſung der Gültten / das tempus contractus anzusehen und indifferent, es endern ſich gleich / die Sorten / quoad extrinſecam, ſive intrinſecam bonitatem, nichts deſtoweniger ſolche in der proportion und Güte wiederum abzulegen / wie ſie eingethon worden. Ac communiter ita Doctores ſentire, patet ex Rubeo conſil. 17. Anguſola conſil. 37. lib. 3. Purpurato ad l. cum quid. 3. n. 169. & ſeq. ff. de reb. cred. ſi cert. petetur. Sigismundo Scacc. de commerc. §. 2. gl. 5. num. 180. Quare Molinæus in tractat. de uſur. ſub n. 749. hancce plusquam communem & præjudicatam vocat opinionem; & pro eâ ſe infinitos allegare poſſe, ſcribit. Idem tradunt Surdus conſil. 406. n. 6. & Teſſaur. de augment. monet. part. 2. n. 49. Conſentit Petrus Heigius ad princ. tit. Inſtit. quib. mod. re contrahit. obligat. n. 28. & ſeqq. ubi notanter inter cætera ſcribit: Licet variè diſputatum & tractatum ſit; an, aucto, vel imminuto precio ſeu valore nummorum, periculum vel commodum creditoris, an debitoris ſit: ſe tamen probabilius aut verius nihil invenire, quàm diſtinguendum non eſſe, utrùm agatur de monetæ bonitate ex-

trinſecâ, vel intrinſecâ: Extrinſecâ enim bonitate mutatâ, ſeu valore & quantitate monetæ auctâ, vel diminuta, juſtam eſſe ſolutionem & ſatisfactionem in eodem valore & precio, quo data illa fuit: Itaque ad tempus contractus reſpectum habendum eſſe: ſimiliter & intrinſecâ bonitate, ſive materiâ & formâ monetæ mutatâ, ſecundùm tempus contractus ſolutionem faciendam, vel ſi non ampliùs reperiatur illa moneta, quæ data fuit, aliam æquivalentem, ad prioris æſtimationem, reſtituendam eſſe. Cui eidem opinioni pariter etiam Auguſtiſſimi Cameralis Judiciï inſinita ferè præjudicia, & in eum ſenſum emanata Mandata (deren auch etliche in obgedachtes Herrn Hillers prior reſponſo, in octavo impreſſo, a fol. 73. usq. 86. formaliter zuſinden) wie nicht weniger die Ulmiſche Crantz Abſchied den 13. Marti, Anno 1622. ſ. demnach ſonderbare Beſchwerdt fürkommen / &c. adſtipuliren, und durchauß mit übereinſtimmen thun / auch fürnemlich in erſterwehntem Abſchied geſetzt wird / daß es citra vitium uſurariæ pravitate nicht wohl anderſt beſchehen möge / &c.

Wie nun ſelbiger / ſo gut Geld und in rechtem Werth 363 hingeliſehen / kein böſes oder hochgeſtaigerte Sorten anzunehmen ſchuldig: Alſo kan oder ſoll hingegen ebenmäſig derjenige / ſo d. e. Sorten in hohem Werth aufgenommen / mit nichten zu Abſtattung guter Münzen in viermahl ringerm Werth angehalten werden. Quodque caſus converſus, ubi nempe moneta minuta tempore ſolutionis, melioris eſt bonitatis, aut vilis & æroſa reprobatâ fuit, ac proinde neceſſariò moneta major in valore extrinſeco decrevit, ſuam quoque ex ſuperioribus, vel invito D. Hillero, habeat deciſionem (ut nempe debitor non teneatur per hanc meliorem monetam, aut majorem in eo valore, qui eſt tempore ſolutionis, ſolvere; ſed ſatisfacere poſſit in aucto valore, qui tempore contractus erat) non ſolùm evincunt tradita Baldi conſil. 499. in fin. Oldradi de Ponte conſil. 250. Rubei d. conſil. 17. n. 2. Gorden conſil. 77. Anton. Fabri tract. de ſolut. cap. 6. §. non igitur cogendus, &c. Molinæi, d. tract. de uſur. ſub num. 707. Cardinalis Tuſch. lit. M. conſil. 349. n. 14. ſed & in eum ſenſum videtur textus expreſſus in c. cum canonicis. 26. ext. de cenſib. ubi gloſſa ad verbum (pecunia) prudenter notat: quòd pecunia, quæ ab initio fuit conſtituta, & non nova, quæ melior, ab hiſce Canonicis ſit exigenda. 364 Si enim monetâ diminuta fuiſſet, illam recipere recuſarent. Cum ergo minorem recipere nollent: majorem exigere non debent. Et confert huc, quòd contrariorum eadem ſit ratio ac diſciplina: quòdque natura correlativorum ſit, ut diſpoſitum in uno ex iſſis correlativis, etiam in alio diſpoſitum cenſeatur. Et inde inter creditorem & debitorem 365 æqualitas eſt ſervanda: & quod uni in ſuo caſu non licet, nec alteri in antitheſi concedendum erit. Alemannus conſil. 8. queſt. princ. 6. p. 808. & contractus claudicare non debet. Fichard. conſil. lat. 30. n. 3. & conſil. 28. n. 5. Ernest. Cothman. vol. 1. reſponſ. 34. n. 154. Accedit, quod nemo id petere poſſit, cujus contrarium in caſu contrario accipere recuſaret. l. pen. ff. de ſolut. & l. ſi eâ lege. 17. C. de uſur. Imò ſemper partes Debitoris, tanquam Rei, favorabiles magis exiſtunt, quàm creditoris, qui eſt Actor, vulgata l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur.

Und mögen wir ganz nit verſtehen / mit was Recht oder Billigkeit jemand ſ behaupten oder fürgeben könne / es ſey gleichwohl einer / ſo gut Geldt / und in gerechtem werth aufgeliſehen / zur Zeit der Ablöſung die geſtaigerten Sorten anzunehmen ſchuldig / hingegen aber muſte derjenige / ſo dergleichen überſetzte Münzen aufgenommen / zur Zeit der Ablöſung gute und ringgeſchakte Stück dafür geben / &c. Dann wann dieſes Letzte auß dem Fundament behauptet werden möcht / weil der Debitor, ſo die Sorten hoch empfangen / ſolche dergelt und für gut wiederum aufgeben können oder ſollen / & ita tempore contractus nicht lädirt worden: muſte hierauf (poſito, rem in facto ita ſe habere: quod tamen omnino negandum eſt, ut infra deducemus) nothwendig folgen / daß ſelbiger / ſo gut Geldt aufgeliſehen / ſich gar nicht zu beſchwehren hätte / wann ihm gleich die Sorten in hohem Werth zugeſtellt würden / in bedenkung / Er ſolche wiederum für ſo viel Gulden ohnwerden könnte / und ein unchriſtlichen Gewinn

Gewinn suchen thäte / wann er die Münzen, in so ringem werth haben wolte/ daß er davon vier- oder 5-fachen Gewinn haben möchte. Derowegen es nochmaln darbey verbleibt/ daß diejenige Doctores und Judicia, so unzweifellich dafür halten; quod loco probæ & legitime æstimatæ monetæ, reproba vel nimium aucta Creditori nullo modo possit obtrudi, auch nothwendig der Meynung seyn müssen: quod pro monetâ, in immenso valore creditâ, eadem in valore multum diminuto, und zwar gleich in so kurzer Zeit auff einander / nullo colore gefordert werden möge.

- 366 Und wird diese unser decision fürs ander auch dannhero unwiedertreiblich bestärket/ weil die Creditores in und mit Aufsehung dieses Geldts in viel Weg contra Imperii leges, Ja da sie ihr jetziges Intent præfractè behaupten wolten/ usurariè gehandelt / und sich deshalb keiner beneficien und Gutthaten der Rechten zugetroffen haben / oder in Camera, si modo rem, ut gesta est, narraverint, gedenliche Proceß aufbringen können: Indeme benandtllich sie Gültkäufer den Thaler per 6. Gulden aufgegeben / da doch selbiger weder in dem Allgemeinen Reichs / noch in einigem Crantz Abschied/ jemahl dafür passirt / oder beständig angenommen worden. Und obwohl diese Jahr hero etlicher Orten die gute Sorten hoch gestiegen/ auch in dem Schwäbischen Crantz der Thaler auf 6. Gulden gesetzt worden: ist doch solches kundlich allein connivendo, & ad tempus majoris mali evitandi causa, und weil man der eingerissenen Unordnungen nicht alsobald füglich abhelfen können/ zumahl mit dieser aufgetruckten Undeutung beschehen / daß es nicht darbey verbleiben/ sondern das Münzwesen ehest möglich geendert/ und verbessert werden müsse/ deshalb der Thaler per 6. Gulden auch der Zeit/da er also verschoben worden/ mit nichten pro monetâ legitimâ, oder für ein Landeswehrgung zuhalten gewest; eò quod in monetis perpetua æstimatio, non ea, quæ ad tempus inducitur, vel toleratur, attendi debeat, per textum in l. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. 3. ff. de in lit. jurand. l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. ubi eleganter Gothofredus ait: quod nec quidem generalis æstimatio monetarum pro verâ & perpetuâ æstimatone haberi debeat: sed ea demum pro perpetuâ æstimatone sit admittenda, quæ nullo tempore mutabilis est: ne si mutetur in horas, 367 368 369 ipsi possessoribus nummorum usus noceat. Et quod numismatum valor, qui modico duravit tempore, nullo pacto sit considerandus, argumento nobis est. l. precia rerum. 63. §. fin. ff. ad leg. Falcid.

Also das offtgesagte Gültkäufer hiemit gar wieder rechtlich gehandelt / indem sie ein solche Münz oder valuta, so allein ad tempus introducirt, und nur auff alltägliche Handthierung oder gemeine current Schulden angesehen gewest / den benöthigten Herrn Gültverkäufern in erkaffung eines beständigen Zinses zu ihrem unzweifelichen Vortheil aufgetrungen: Hingegen aber vermuthlich diese Thaler nicht so thewer empfangen / oder doch außs wenigst unfehlbar wissen mögen/ daß ein decrementum oder Abfall der Münz (welcher dannhero nullo modo pro casuali zuhalten) ehest erfolgen müsse/ darumb dann sie Gültkäufer für ein sonderes/ aber nicht passierliche / und in des Heil. Röm. Reichs Abschieden ganz verworffene cautel der Gültverschreibung einverleiben lassen/ daß die Herrn Gültverkäufer vor Verfließung zweyer Jahren das capital nicht wiederum ablegen oder heimgeben dörfen: einig zu diesem End/ weil Gültkäufer versichert waren / daß über solche Zeit damahls für gewestelnrichtigkeit der Münzen nicht wehren können/ 2c. Welches vortheilige Besuch ab usurariâ pravitæ mit nichten zu excusiren, dann weil selbiger / so 100. per 100. loco Interesse ihme verschreiben läßt/ pro notorio usurario zuhalten: wie wolte immer selbiger besser seyn/ der multo majus lucrum suchet/ und zum Exempel auß 2000. Thaler/ 400 Thaler jährlichen Zins fordert: & ita consequenter für 2000. Thaler für geliehen Hauptgut/ 8000. Thaler zur Zeit der Ablösung begehren oder empfangen darff? Wann auch gleich Gültkäufer tempore contractus usurariè zuhandlen nicht gemeint gewesen: würden sie je-

doch eo ipso usuræ crimen begehen/ wann sie auff gnugsame remonstration auff ihrem unbillichen begehren beharren solten. Dolo enim facit, qui petit quid ex eâ stipulatione, ubi res dolum in se habet. l. si quis. 36. ff. de verbor. oblig. Et in terminis nostri casus, daß er nemlich re ipsâ ein usura sey/ wann einer besser Geldt/ dann er außlehet/ ihme verschreiben läßt / bezeuget der berühmte Theologus und Jurist / Ludovicus Molina, in tr. de just. & in tom. 2. disp. 312. ubi n. 11. scribit; quamvis usura non sit, mutuò dare cum onere, ut pecunia ejusdem rationis solvatur cum eâ, quæ mutuò datur: esse tamen usuram, mutuò dare cum onere, ut mutuarius reddere teneatur pecuniam rariorem & meliorem in hominum æstimatone: ut mutuare aream, quando illius est magna abundantia, cum onere, ut aurea vel argentea reddatur: eo quod gravamen illud injustè ultra sortem apponatur.

Hingegen ist zum dritten offenbar und am hellen Tag/ daß die Herrn Gültverkäufer höchlich lädirt / und weit über den halben Theil in diesem contract vernachtheilet worden. Dann obgleich sie um solch Geldt für ihre dürfftige Burger allerhand victualien erkaufft/ ja den Thaler um 10 Gulden aufgegeben: haben sie doch für solche victualien vier oder fünfffach Geldt bezahlen/ und hernach von dem armen Mann kein ander Geldt / weder was der Zeit und Enden gangbar gewesen/ wieder einnehmen können/ daran dann aniezo die Herrn Gültverkäufer außs wenigst die drey Viertel nachziehen müssen. Und wird einmahl kein Verständiger laugnen oder widersprechen können/ dann daß einer/ so besonders das nechstverfloßne Jahr hero (da auch der gemeine Mann die Augen etwas bessers aufgethon / und was zwischen dem rechten oder aufgesetztem temporal Werth für ein Unterschied sey/ erkennen lernen) sein Geldt und victualien oder dergleichen/ hoch aufgegeben/ wenig oder vielmehr gar nichts gewonnen/ sondern hingegen die Wahren desto theurer erkauffen und bezahlen müssen/ also dieser imaginarius valor, rei veritate inspectâ, niemahlen in acht genommen worden. Et ita isthæc valoris extrinseci auctio nemini aliquod lucrum, sed potius omnibus certissimum damnum, caritatem perniciosam, aliasque molestias quàm plurimas creavit: quod Imperii & Circulorum Acta, omniumque Ordinum querelæ testantur abundè. Siquidem certum est, & quotidiana docet experientia: quod, crescente auri vel argenti æstimatone, omnes res venales similiter augeantur in precio, & hoc modo carior indies fiat annona, resque pecuniâ comparabiles, pecuniæ cursum sequantur. Albericus in l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. & ibi Purpurat. num. 171. & idem in consil. 522. n. 38. Curt. ad d. l. cum quid n. 13. vers. circa questionem, &c. Tessaure. decis. 214. n. 1. Ioan. Petr. Surd. consil. 368. num. 27.

Dannhero gänzlich zuverhoffen/ es würden oft und vielgedachte Creditores oder Gültkäufer auff diesen vierfachen Gewinn nicht beharrlich tringen: cum semper & ubique boni gravesque viri lucrum, alterius cum jacturâ conjunctum, sordidum inhonestumque putarint, ut in individuo ex Decio decidit Cephalus consil. 25. n. 8. vol. 1. & post eos Fridericus Pruckman. consil. 19. num. 51. lib. 1. Quod confert & illud, quod ex Johanne de Anan. docet Jason ad l. penultim. num. 5. in fine. C. de pact. quod is, qui se in judicio virum bonum profectur, deceptionem etiam infra dimidium nullâ fronte excusare possit. Idemque comprobatur Pruckmannus consil. 29. numero. 26. vol. 1. Insonderheit aber weil diese Aufnahm ein Rempublicam oder gemeine Stadt betreffen thut/ kan selbige wider diesen schändlichen contract, facilimâ operâ restitutionem in integrum erlangen, l. Respublica. 4. Cod. quib. ex caus. major. in integr. restituant. ubi habet textus: Rempublicam uti minorum jure: ideoque restitutionis in integrum auxilium implorare posse. Cujus legis dispositionem Castrensis ibidem ad quamvis Rempublicam refert, etiam si simplex fuerit municipium. Nam (secundum illum) pariter, ut Respublica, suos habet administratores, & per eos regitur. Late Johann. Mauric. in tractat. de re-

de restitut. in integr. cap. 417. & Sfortias Oddus. de restitut. in integr. part. 1. quest. 18. art. 9. & seq. ubi hoc item ad omnes villas, castra, & Universitates quascunque extendit.

Und irret nicht/ daß althie gesagt werden möchte/ es seyen unter denen Creditoribus auch Weiber und Wit-
375 tiben/ welche im Rechten ebenmäßig favorisiret. Namque respondetur primò: privilegiatum non uti privilegio suo contra pariter privilegiatum, eo demum in casu, si privilegiatus restitutionem implorans, fuerit in lucro, aut si uterque damnum esset passus, Oddus d. part. 1. quest. 18 art. 376 4. 5. & 6. In nostro verò casu notorium est: hanc viduas lucrum cum maximo damno Reipublicæ appetere. Deinde furis est expressi: privilegiatum contra privilegiatum indifferenter restitui, quando privilegium impar & magis potens habet. l. verum. 11. §. penult. ff. de minorib. 25. ann. Quia tunc potentius privilegium præfertur inferiori. Caccialup. in l. omnes populi. 9. num. 122. ff. de justit. & jur. Crot. in l. 1. num. 22. ff. solut. matrim. latè Decius in c. in presentia. num. 170. & seq. ext. de probat. Et in specie minorem ac Rempublicam mulieri præferri, tradit Oddus d. part. 1. quest. 18. artic. 8. num. 47. & seqq.

Wann dann die Sachen jezt ausgeführter massen in Warheits-Grund bewendet/ auch auf den Nothfall diese unsere Meynung noch mit mehrern Rechts-Gründen/ æquitatisque rationibus bestärkt werden könnte: als solget ferner wolgeschließlich hierauf/ daß der Tenor derjenigen Verschreibung/ so die Herrn Gültverkäuffere von sich gegeben/ den Gültkäuffern ganz keinen Behelf bringen möge. Dann erslich/ gibt der Buchstab für sich selbst nichts anders zuerkennen/ dann daß gegnere tempore solutionis solche Landswehrung/ wie sie tempore contractus empfangen/ und kein andere zu erstatten sich verbunden/ Angesehen in der Hauptverschreibung gleichwoln gesetzt daß die Herrn Gültverkäuffere 12. Gulden Rheinisch in Münz guter/ genehmer/ unverrüfter Landswehrung Jährlichs Zins reichen wollen: bald darauff aber ist befundlich/ daß dieser Kauff beschehen um 12.
377 Tausent Gulden Obgemeldter Wehrung/ Auch ist in dem einen Brieff expresse gedacht/ daß solche 12. Tausent Gulden an Reichsthalern/ jedes Stuck per 6. Gulden erlegt worden/ welches je anders nicht geditten werden mag/ daß die Herrn Gültverkäuffere den Zinss an so guter Landswehrung/ als ihnen der Kauffschilling geliefert worden/ jederzeit einrichten sollen. Nun ist aber bereits hieroben angedeut und behauptet worden/ daß der Thaler per 6. Gulden niemahl ein gute oder rechtmäßige Landswehrung gewesen/ Darum dörffen auch die Herrn Gültverkäuffere die Zinss anderst nicht/ dann eben in solcher Wehrung entrichten/ welches dann das Wort (Obgemelter Wehrung) klärlich zuver-
378 stehn gibt. Verbo enim prædicti. gedachte oder gemeldte repetunt modum & qualitatem præcedentem: & demonstrant, idem esse in sequentibus, quod in præcedentibus fuit: quemadmodum omnium dictionum relativarum natura est, referre præcedentia cum omnibus suis qualitatibus: & referens regulatur secundum relatum, uti docet Octavianus Vascus decis. 110. Und wann schon die Herrn Gültverkäuffere expresse gesetzt/ sie wolten die Zinss oder Ablösung nach dem valor erstatten/ wie selbiger jeder Zinss Zeit gang und geb seyn würde: attamen & hanc clausulam intelligendam esse, volunt nostri Doctores, si res permanferit in eodem, vel non planè dissimili statu, arg. l. quaro. § 4. §. inter locatorem. 1. ff. locati. Tiraquell. in præfat. l. si unquam. num. 166. & seq. C. de revoc. donat. Molin. d. tract. de usur. n. 170. cum seq. Cothman. conf. 379 36. n. 269. & 304. & Surd. decis. 436. n. 2. quo loco scribit, mutato rei monetariæ statu, recedi à pactis conventis. Item contrahentes periculo mutationis gravioris, aut futuro damno non præsumuntur se subjecisse. Rub. d. consil. 17.
380 Surd. consil. 406. num. 3. Quemadmodum etiam idem Surdus consil. 120. censet: quando conveniunt partes, quod solutio fiat de moneta currente tempore solutionis: tunc nihilominus novam pecuniam solvendam esse, secundum valorem antiquæ, eamque reduci ad æstimationem antiquæ, tantumque solvi debere de novâ, quantum necesse

est ad æquandum valorem antiquæ. Namque talem clausulam, vel conventionem aliud nil operari, quàm quod debitor non cogatur solvere de pecuniâ antiquâ, sed possit de novâ.

Secundò gesetzt/ es hätten die Herrn Gültverkäuffere sich disertis verbis dahin verbunden/ daß sie künftig in Raichung der Zinss/ wie auch in Wiederlösung des Hauptguts den Thaler per anderthalb Gulden erstatten wolten/ were doch solcher Verspruch/ utpote usurariam relapsi pravitatem, eamque re ipsa incurrens, ipso jure nichtig. Et nec tantum, quid promissum fuerit, attendi
381 debet: sed & quid justè ac secundum æquitatem exigi possit, considerandum est. Atque adeò invalidus est con-
382 tractus, usurariam sapiens pravitatem, ut nec juramento corroborari validè satis possit. c. tuas dudum. 13. ext. de usur. Mascard. de probationib. conclus. 447. num. 33. & seqq. Præterea, quod Imperii Constitutiones, de usurariis
383 contractibus promulgatæ, eosdem non solum reprobent; sed & omnibus Judicibus seriò mandent, ne super ejusmodi contractibus sententiam ferant, executionemvè faciant, notius est, quàm ut debeat juris allegationibus roborari. Ac si quid ultra sortem, & legitimum atque concessum interesse petatum, aut in conventionem deductum est, id non debere attendi, probant Godeu consil. 3. in fine. Fichardus vol. 2. consil. 30. num. 4. & Cravetta conf. 47. n. 7.

Dem allem nach hielten wir für rathsam/ daß die Herrn Gültverkäuffere/ den Gültkäuffern diese Zinss nochmahlen würcklich und mit Urkund anbieten/ obaußgeführte Bewandnuß der Sachen zu Gemüth führen/ und fals sie Gültkäuffere nichts destoweniger auf ihrer Meynung beharren/ solche pensiones in einer unpartheyischen Reichstatt/ oder da die Gültkäuffere gefessen/ obli- gnirt hinderlegen möchten.

Quemadmodum supra decisivè continetur: ita nos Decanus & ceteri Professores Facultatis Iuridicæ, &c. unanimiter sentimus, &c. Actum in Collegio nostro, vigesimo die Mensis Septembris, Anno Christi supra millesimum, sexcentessimum, vigesimo tertio.

Colophonis loco hîc silentio involvendum non est: quod;
84 novissimè D. Martinus Rümelin. in disput. ad tit. 1. lib. 12. ff. de reb. credit. th. 19. autumat: in præmissis & decisis hactenus casibus, neque simpliciter tempus contractus, neque tempus solutionis spectandum esse, sed potius dicendum: bonum Judicem rerum & factorum circumstantias diligenter expendendo, & in singulis casibus peculiarem rationem & æquitatem ante oculos habendo, variè constituturum, quomodo solutio facienda sit; non autem generaliter omnes & indiscriminatim, ad instar unius, statim decisurum (more imperitorum Medicorum, qui uno collyrio morbos omnes sanari volunt) sed omninò talem ubique sententiam pronunciaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuarii, neque hunc cum damno illius locupletari sinat. Quam novam & singularem opinionem si Judex discretus æquitatisque studiosus in judicando secutus fuerit, fortassis minùs peccabit, argum. l. placuit. 9. §. l. seq. C. de judiciis. l. §. si quis. 14. §. idem Labeo ait. 13. circa finem. ff. de religiof. & sumpt. fun. l. si servum. 91. §. sequitur. 3. vers. esse enim. ff. de verb. obligationib. l. si res tuas. 8. in fin. C. ad exhibend. cum similibus.

Etenim quod in istiusmodi prodigiosa monetæ mutatione præcisè spectandum sit tempus, vel contractus, vel solutionis: id nullo aperto jure doceri posse videtur. Tam
85 enim hæ quæstiones à jure communi exorbitant, quàm eodem jure barbarica hujuscemodi monetarum mutatio incognita est, imò reprobata & damnata, inquit Carolus Molinæus, in tract. commercior. & usurar. &c. quest. 95. num. 726. In his autem, super quibus jus non inveni-
386 tur expressum; Judex, æquitate servatâ, ac circumstantiis omnibus ponderatis, procedere jubetur. c. ultim. in fin. ubi Panormitan. num. 6. & 7. ext. de transactionibus. Jure siquidem deficiente, id sequendum erit, quod æquitas suggerit, respondente Paulo Jurisconsulto in l. 2. & item Varus ait. 5. vers. quanquam ff. de aquâ, & aquæ pluvie arcend. Hucque pertinent, qua tradidi infra ad princip. tit. de officio judic. num. 20. cum aliquot seqq. & in tractat. de process. judiciar. decad. 2. conclus. 6. num. 4.

Et seq. itemq. Decad. 16. conclus. 1. num. 5. conclus. 3. n. 27. Et 8. alibiq. passim. Porro plura monetaria juris responsa, nomine inelytæ Facultatis juridicæ, in prælustri Academia Tubingensi, magno studio conscripsit Dn. Collega Besoldus: quæ extant in volum. 2. consil. 58. Et aliquot seqq. fol. 159. Et multis seqq. item consil. 81. fol. 332. Et seqq. nec non volum. 3. consil. 99. Et 142. fol. 225. Et subseqq.

§. Is quoque. 1.

Is quoque qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur: daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione: non magis, quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere: cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

S U M M A R I A.

- 1 Indebiti obligatio valde similis mutuo.
- 2 Ut ex mutuo, ita ex indebito siue promutuo usura non debentur.
- 3 Differentia inter mutuum et indebitum.
- 4 Promutuum et indebitum in quo differant.
- 5 Indebiti solutio definitur.
- 6 Indebiti solutio quando sit contractus.
- 7 Quando quasi contractus sit.
- 8 Scilicet indebitum solvens, donare videtur, et num. 45.
- 9 Indebitum non oritur sine reali solutione.
- 10 Effectus indebiti.
- 11 Error translationem domini impedit.
- 12 Indebitum unde estimandum.
- 13 Ex re ipsa duo indebiti genera existunt.
- 14 Naturale tantum debitum, solum repeti nequit: et num. donatarius, ad aridogæ obligatus, si solvat, repetere solum possit, quasi nullo jure debitum.
- 15 Virum naturalis obligatio, qua inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur; an verò in personâ filii creditoris subsistat.
- 16 Quævis res et obligatio patri et domino per filium aut servum confestim acquiratur.
- 17 Obligationes in jure consistunt.
- 18 Quis dicatur debitor.
- 19 Natura actionis de peculio.
- 20 Objectio, ejusq. dissolutio.
- 21 Nemo sibi ipsi potest obligari.
- 22 An et quatenus pater filio, et dominus servo naturaliter obligetur.
- 23 Quatenus mortuo patre, naturalis obligatio, qua inter fratres contracta, et patri quasita est, tollatur.
- 24 Confusione debiti et crediti extinguitur obligatio.
- 25 Item vi compensationis.
- 26 Debitum, à cuius petitione creditor per debitorem exceptione temporali repelli potest, solum repeti nequit.
- 27 Ecquid in diem debitor, ante diem debitum solvens, id repetere valeat.
- 28 An medii temporis interusurium, accessiones, fructus, et emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex pramaturâ solutione affectum ait, sint restituenda.
- 29 Generaliter dicta, sunt generaliter accipienda, tam in odiosis quam favorabilibus.
- 30 Specialia semper generalibus insunt.
- 31 A quo removetur genus, ab eodem remouentur species.
- 32 Principale qui perdit, is et accessorium perdit.
- 33 Nemo debet locupletari cum alterius iacturâ. et num. 79.
- 34 Debitum purum et debitum in diem equiparantur.
- 35 Dies censetur pars summa et obligationis.
- 36 An et quatenus debitum, quod quis perpetuâ exceptione tutus solvere non tenetur, si solum sit, repeti queat.
- 37 Indebitum ex personâ dantis et accipientis quando estimetur.
- 38 Conciliatio l. si pœna. 19. §. 1. ff. de condict. indebit. cum l. repetitio. 44. ff. eod. et l. de hereditate. 5. C. de petit. heredit.
- 39 An in dubio solutio alieno potius, quam proprio nomine facta presumatur.
- 40 In omnibus contractibus magis persona ipsius contrahentis, quam alterius inspicitur.

- 41 Solutio in quam causam facta in dubio intelligatur.
- 42 Indebiti qualitas estimatur ex personis pupilli, furiosi et prodigi.
- 43 Intellectus genuinus l. si ejus pupilli. 64. in princip. ff. ad SC. Trebell.
- 44 Legum correctio et contrarietas vitanda.
- 45 Error quid sit: et quodnam indebitum condici possit.
- 46 Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.
- 47 Propositum in mente retentum, nihil operatur.
- 48 An, si quis dubitans indebitum solvit, per errorem solvisse sit censendus.
- 49 Dubitans et errans in jure equiparantur.
- 50 Num dubitans transigendi causâ solvisse presumatur.
- 51 Cessante causa, cessat effectus.
- 52 Duplex error: juris, et facti.
- 53 Virum facti tantum, an juris etiam errore solum repeti possit.
- 54 Ius finitum et potest, et debet esse.
- 55 Omnes homines scire jura debent.
- 56 Culpam contrahit, qui ius ignorat.
- 57 Sententia l. juris ignorantia. 7. et l. error. 8. ff. de jur. et facti. ignor.
- 58 Intellectus l. cum is. 32. §. 1. et l. si fidejussor. 59. ff. de condict. indeb.
- 59 Qua significatio in dubio accipienda.
- 60 Sensus l. 1. in princip. ff. ut in possess. legator. et c.
- 61 Consideratio l. si à patre. 5. C. de condict. indebit.
- 62 Intellectus l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de condict. indebit.
- 63 Intellectus l. 2. §. 1. cum l. seq. ff. eod. tit.
- 64 Indebiti conditio oritur ex aequitate naturali. et num. 101.
- 65 Iuris ignorantia censetur lata culpa, qua dolo equiparatur.
- 66 Dolus nemini prodesse debet.
- 67 Intellectus l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. ff. de condict. indebit.
- 68 Indebitum per errorem solum quatenus repeti possit.
- 69 Inevile est, nisi totâ lege perspectâ, judicare vel respondere.
- 70 Totum juris corpus pro una lege habetur.
- 71 In toto jure generi per speciem derogatur.
- 72 Ignorantia in proprio facto intolerabilis.
- 73 Quæ persona, et quibus casibus indebitum, errore juris solum, repetere queant.
- 74 Differentia inter ignorantiam juris, qua militibus, et illam, qua fœminis indulgetur.
- 75 Rusticis ius ignorare quando liceat.
- 76 Ignorantia juris naturalis nemini permittitur.
- 77 Quibus ex causis indebitum, per errorem facti solum, condici nequeat.
- 78 Intellectus l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.
- 79 Naturâ iniquum est, aliquem cum alterius damno locupletari.
- 80 Aequitas in omnibus rebus spectanda.
- 81 Volenti nulla sit injuria.
- 82 Ecclesia, iustitia cultrix et auctrix.
- 83 D. Roceri cavillationes refelluntur.
- 84 Verbum (videri, et quasi) improprietas nota.
- 85 Arumai de novâ Roceri opinione iudicium.
- 86 Plures casus, secundum Dd. quibus indebiti per errorem soluti repetitio cessat.
- 87 Id maxime debitum putatur, quod ab invito exigi potest.
- 88 Quâ actione indebitum solum repeti queat.
- 89 Conditio indebiti cui competat, et adversus quem.
- 90 Donatio in dubio non presumitur.
- 91 Conditio est actio personalis.
- 92 Heres et defunctus pro unâ eademq. habentur personæ.
- 93 Num procuratori, qui indebitum solvit pecuniam, et contra procuratorem, qui indebitum accepit, conditio detur: an verò domino, et contra dominum competat.
- 94 Si quis pro reo, qui indebitum promisit per errorem, fidejusserit et solverit; reonè, an fidejussori conditio tribuatur.
- 95 Quid actione condictionis petatur.
- 96 Iulianus in l. cum is. 32. §. ult. ff. de condict. indebit. conciliatus cum Celso in l. si is, cui. 19. ff. de legat. 2.
- 97 In alternativis regulariter promissoris, aut rei electio.
- 98 Quando legatario electio concedenda.
- 99 Conciliatio l. penult. Cod. de condict. indeb. cum l. si non sortemur. 26. §. si decem. 13. ff. eod. tit.
- 100 Explicatio l. planè si duos 21. ff. de condict. indeb.
- 101 Indebiti conditio cur dicatur naturalis.
- 102 Quam in illam veniam.
- 103 An iudex, qui reum ad redditionem pecunie, indebitum accepta, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit.
- 104 Nunquid renunciatio, siue generalis, siue specialis, indebiti conditionem impediatur.
- 105 Errantis nullus consensus.
- 106 Nemo intelligitur renunciare juri suo, quod sibi competere ignorat.
- 107 An actio condictionis cum rei vindicatione concurras.

1 Secunda species contractuum seu obligationum, quæ recontrahuntur, est solutio indebiti. per errorem facta. Nam is, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re, hoc est, ex ipsa solutione seu numeratione, obligatur, quasi ex mutui datione, ut indicat Iustinianus hoc in §. 3. *Cajus in l. si quis absentis. §. 3. is quoque, qui non debitum. 3. ff. de obligat. & actionib.* Unde patet, indebiti obligationem valde esse similem mutuo, de quo jam abunde tractatum in principio hujus tituli. Et quidem similitudines hæc potissimum notandæ veniunt. I. Actio ex utroque negotio nata dicitur condictio, hoc §. nostro. dict. l. 5. §. 3. ff. de obligat. & actionib. II. Quemadmodum ex mutuo usuræ non debentur. leg. Titius Sempronio. 24. ff. de præscript. verb. ita quoque ex indebito (quod promutuum nonnulli appellant. Cujacius in paratit. Cod. de condict. indebit. & lib. 8. observat. cap. 34. Anton. Matthæus & Heigius in hoc §.) usuræ non dantur. l. 1. C. de condict. indebit. III. Dominium in utroque transfertur. l. dominus. §. 3. ff. d. tit. initio hujus tit. in fine. IV. In utroque redditur res ejusdem bonitatis. leg. cum quid. 3. ff. de reb. credit. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condict. indebit. V. Ut ex mutuo; ita ex indebito sive promutuo pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur, hoc §. nostro. ibiq. Mynsinger. num. 8. l. obligari. 9. ff. de auctorit. & consens. tutor. & curator. VI. Ut mutui; ita & promutui actio per liberam personam nobis acquiritur. l. certi. 9. §. si nummos. 8. ff. de reb. credit. l. si per ignorantiam. 6. C. de condict. indebit. Cujac. d. lib. 8. observat. cap. 34. Differentiæ verò inter isthæc duo negocia afferuntur illæ. I. Mutuum verus est contractus, ut ostensum supra ad principium hujus tituli. num. 8. indebitum videtur potius distractus, ut hic in versicul. Sed hæc species obligationis, &c. §. item is, cui. 6. infr. de obligationibus quæ quasi ex contractibus nascunt. II. Mutuum est juris gentium. §. sed jus quidem civile. 2. vers. & ex hoc jure. supr. de jur. nat. gent. & civil. indebitum est ex jure naturali. l. indebiti. 15. in princ. & l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. III. Ex mutuo promanant tantum certi condictio, per princip. hujus tituli. ex indebito quandoque etiam incerti condictio nascitur, l. sed & si me. 22. in fine. ff. de condict. indebit. IV. In mutuo redditur tantundem, quantum est datum. l. 2. in princip. & dict. l. 3. ff. de reb. credit. Ast in indebito sæpe plus restituitur, velut fundus cum fructibus, &c. leg. videamus. 38. §. 2. ff. de usuris, leg. indebiti. 15. d. l. in summa. 65. §. ei, qui indebitum. 5. ff. de condict. indebit. V. Et si utrumque in iisdem ferè rebus habet locum: tamen indebitum interdum in aliis quoque rebus, quam iis, quæ numero, pondere, aut mensurâ constant, ut in fundo, in servo, in servitutibus, & cæteris, locum obtinet. dict. l. sed & si. 22. in fin. & l. cum is. 32. §. ultim. cum similibus. ff. eodem tit. Giphani. hic in vers. nam perinde, &c. VI. Mutuam pecuniam accipiens tenetur ex mutuo, etiam si illa perierit, & debitor locupletior factus non sit. leg. incendium. 11. Cod. si cert. pet. & expositum supra initio hujus tituli. num. 20. & seqq. Indebitum autem per errorem accipiens, eatenus tantum tenetur, quatenus ex eo locupletior est factus, d. l. cum is. 32. in pr. d. l. in summa. 65. §. penult. ff. de condict. indebit. l. cum hi. 8. §. si quis de alimentis. 22. ff. de transactionibus. Andr. Clud. in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 84. & seqq. ubi plures differentias fusiùs recenset. Enim verò promutuum & indebitum in eo maximè differre sciendum est: quòd promutuum dicitur, quando res solvitur, cujus datione in creditum itur, hoc est, quæ pondere, numero, mensuravè continetur: quo casu accipiens ex quasi mutuo, ex promutuo, ex tacito mutuo obligatus est. Quòd si alia quævis res solvatur, cujus datione in creditum ire non solemus, putà si corpora, homines, vasa, hisque similia soluta fuerint; promutuum non censetur, sed indebitum: ac proinde eo casu condictio non est ex quasi mutuo, sive ex promutuo, sed ex bono & æquo: ut post Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 34. circa fin. & ad princ. tit. C. de condict. indebit. explicat Cludius d. caput. 2. num. 93. Vide Bachovium hic n. 1. pag. 733.

5 Indebiti solutio non male definitur contractus, vel quasi contractus, re initus, quo pars una per errorem quip-

piam, quod non debet, sui liberandi causâ alteri dedit parti, & eandem ad id reddendum obligavit. Dn. Collega Bocerus. class. 2. Disput. 8. thes. 1. edit. 2. Et sanè contractus est indebiti solutio, cum id agitur; ut, si postea appareat, solutum esse indebitum, restituatur, l. 2. in princ. ibiq. Iason. ff. de condictione indebit. Timæus Faber dis. ut. 22. ad Institut. Imperial. thes. 10. Quo etiam referri poterit l. si in area. 33. ff. eod. tituli. ubi Julianus disertè respondit: eum, qui non debitam pecuniam solvit, hoc ipso aliquid negotii gerere, id est, contrahere, ut ibi præcedens ac subsequens propositio ostendit: quemadmodum & alibi phrasis illa accipitur, leg. in commodato. 17. §. sicut autem. 3. vers. geritur. ff. commodat. Olemann. ad lib. 3. Disputation. juris civil. Giphani. disputat. 24. num. 46. Rittershus. in hoc §. pag. 408. Quali verò contractus est indebiti solutio, si quis tantum animo liberandi se ab obligatione, eamque distrahendi, non etiam causâ obligandi accipientem, solvat, hoc §. nostro, vers. sed hæc species &c. d. §. item is, cui. 6. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. l. si quis absentis. §. 3. is quoque. 3. in fin. ff. de obligat. & actionib. l. is, qui commodatum. 13. §. in fin. ff. commodati. D. Bocerus hic num. 7. pag. 169. ubi ait, negotium hoc esse contractum, esse etiam distractum diversâ consideratione. Contractus est, si appareat indebitum: distractus obligationis est, si sit debitum. Verum hanc rem latè, licet diversimodè, examinant Donellus lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 16. & 17. & utrobique Hilliger. in suis notat. Cludius in d. Commentar. de condict. indebit. c. 1. num. 67. cum multis seqq. Mozzius in tractat. de contractibus rubr. de indebito in princip. num. 2. Rainaldus Corrus libro 1. indagat. jur. cap. 31. Rober. Disputat. 14. thes. 6. Schickard. Disputat. ad Institut. 12. thes. 4. & resolut. q. 1. Arumens Exercit. Iustin. 15. thes. 14. Wesenbec. hic num. 1. & Vultejus in d. §. item is, cui. 6. infr. de obligation. quæ q. ex contract. nascunt. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 2. quest. 1. & 2. Bachovius in tractat. de actionib. Disputat. 4. th. 15. pag. 139. & seq. Vngepaur. exercit. Iustin. 12. quest. 8. pag. 470. & seq. edit. ult. Richter. in tract. de contract. Disput. 3. th. 2. lit. 6. &c. pag. 58. cum seq. nec non Osterman. hic in suis rationalib. pag. 66. & seq. Dicitur in definitione, per errorem. Nam qui sciens indebitum solvit, donare videtur, l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in fine. ff. pro emptore. l. cuius §. 3. ff. de reg. jur. eoque nec accipiens ad id reddendum obligatur. l. 1. l. si is, qui 24. l. judex. 28. l. quod quis. 50. ff. de condict. indebit. l. indebitum. 9. C. eod. & latius tractabitur infra suo loco. Additur, alteri &c. Etenim cum re hic obligatio constituatur, per hunc §. nostrum. ibi, re obligatur. & d. l. si quis. §. 3. ibi, obligatur quidem. ff. de obligat. & act. proficisci illa debet per solutionem à solvente ad eum, cui solvitur, argument. leg. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & solutam intelligimus pecuniam utique naturaliter, si numerata sit. l. solutam. 49. ff. de solutionib. & dandum est, quod solvitur, hoc est, dominium ejus in accipientem est transferendum: cum pro eo repetendo competat condictio, quâ non nostram, sed adversarii rem persequimur, §. sic utaq. discretis. 14. infr. de actionib. D. Bocerus dict. class. 2. Disputat. 8. thes. 1. ad lit. g. Effectus quippe indebiti est, ut per illud in accipientem dominium transferatur, argument. l. interdum. 29. in fin. & l. dominus. §. 3. ff. de condict. indebit. Neque obstat, per errorem indebiti solutionem fieri, ut ex hoc §. nostro, & definitione modò proposita constat. Errorem autem dominii translationem impedire. l. si procurator. 35. ff. de acquir. rer. domin. l. dedi tibi. 3. §. penult. ff. de condict. causa data, &c. Hoc enim locum sibi vindicat in iis, quæ essentiam solutionis spectant, vel quando in ipsa re, ejusque solutione est erratum: quo casu dominium non transfertur, dictis juribus. Secus se res habet, quando in causa solvendi error committitur, ut in indebiti solutione: quo casu dominii translatio non impeditur, argument. l. cum tale. 72. §. falsam. ff. de conditionib. & demonstrat. l. l. Pac. ad rubr. tit. C. de condict. indebit. num. 4. Vultejus ad §. sequens. 16. num. §. 3. infr. de actionib. Cludius d. Commentar. de condict. indebit. cap. 1. num. 32. & cap. 9. n. 7. pag. 374. Adde Valentinum Riemer. decad. 9. quest. illustr. 7.

12 Indebitum porrò non ex re ipsa solum, verum etiam ex persona dantis & accipientis aestimandum est, docente Donello lib. 14. *Commentar. de jur. civ. cap. 11. pag. 354. num. 40. cum seqq. § cap. 13. in princ. pag. 264.* Ex re ipsa duo indebiti genera, quæ locum faciunt repetitioni soluti, 13 existunt. Unum genus est: cum quid omnino non, neque civili, neque naturali jure debetur. *l. si non sortem, 26. §. indebitum. 3. ff. de condict. indebit.* Hujusmodi quoque indebitum est: cum verè causa præcessit, ex qua quid debeatur, sed debetur sub conditione vera, de qua scilicet incertum sit naturâ, an existat, necnè. *l. sub conditione. 16. ff. d. tit.* Alterum genus est: cum quid jure quidem civili peti potest; sed actio per exceptionem perpetuam infirmatur. *d. l. si non sortem. 26. §. indebitum. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. ff. de condict. indebit. l. creditor. 5. ff. de verbor. significat. Pac. in epitom. jur. Disputat. 15. thes. 14. lit. h. § centur. 4. in artio pavor. quest. 15. Wegner. Disput. 13. thes. 4. ad lit. C.* Cui exceptioni annumeratur etiam exceptio, quæ ad rei debitæ perpetuam retentionem comparata est, putà vel ad servandas impensas, in rem alienam factas. *d. l. qui exceptionem. 40. §. 1. ubi Bartol. ff. de condict. indebit. l. quod dicitur. 5. §. penult. ff. de impens. in res dotal. fact. l. heres. 21. vers. similem. ff. ad senatusconsult. Trebell. Pac. d. centur. 4. quest. 9. § 12. Vult. in §. sequens. 16. num. 44. infr. de actionib. vel hereditate venditâ ad servandum id, quod venditori defunctus debuit. l. si is, qui. 54. ff. de condict. indebit. junctâ l. 2. §. ult. ff. de heredit. vel actionib. vendit. vel soluto fideicommissio aut legato, ad exigendam cautionem Falcidiæ nomine inventam. l. si quis, cum 39. ff. de condict. indebit. junctâ l. is, cui. 31. ff. ad leg. Falcid. § leg. 1. ff. si cui plus, quàm per l. Falcid. § 6. vel fundo vendito, & servitute, quæ ei imponi debuit, non impositâ, ad eam imponendam. l. sed & si 22. §. ult. ff. de condict. indebit. l. si tibi. 8. ff. de action. empt. D. D. Bocer. class. 2. disputat. 148. thes. 7. lit. g. edit. 2.* Itaque qui illud, quod jure naturali tantum debet, solvit; quamvis indebitum hac censeatur ratione, quod ab invito exigere non potest. *l. creditores. 10. vers. quod si natura, § c. junctâ l. debitor. 108. ff. de verbor. significat. solutum tamen repeti nequit. l. naturales. 10. ff. de obligationibus & actionibus fidejussor. 16. §. naturales. 4. ff. de fidejussor. l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. in princip. l. frater à fratre. 38. §. 1. § 2. l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit. l. sed etsi. 9. in fin. cum l. seq. ff. ad senatusconsult. Macedon. D. Bocer. hic num. 18. § d. Disputat. 8. thes. 8. Pac. d. Disputat. 15. thes. 15.* Vide Bachovium, ingeniosè in contrarium disputantem, *d. tr. de actionib. disput. 4. ad thes. 16. p. 141. § seq.* De donatario, ad ἀντίδωρον obligato, quæri solet: num si solvat, repetere possit solutum, tanquam nullo jure, nec civili, nec naturali debitum. Affirmativam probabiliorem judicant Arius Pintelus ad l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 60. Donellus lib. 12. *commentar. de jur. civ. cap. 2. pag. 8. num. 20. cum seqq. § D. Bocer. hic num. 33. § seqq. pag. 172.* Verum pro negativa militare videtur textus expressus in *l. sed & si 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. heredit. § l. si pignore. 54. §. 1. ff. de furt.* Quos textus quamvis eludere conetur Donellus: tamen ad ipsius rationes prolixè respondet D. Hunnius d. lib. 3. *variar. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 4. pag. 901. § seqq.* Eamque negantem sententiam, ceu naturali æquitati apprimè consentaneam, jam olim defenderunt Fortunius Garf. in l. 1. § jus naturale. num. 65. § seqq. ff. de justit. § jur. Zasius lib. 1. *singul. respons. caput. 3. num. 22. § Covarruv. in c. cum in officiis. 7. numero. 10. ext. de testament.* Tametsi illam, ceu ineptam, repudiet Bachovius d. *Disput. 4. sub thes. 16. pag. 143.*

Sanè & illud naturale tantum est debitum, quod eâ obligatione naturali continetur, quæ ex datione mutuæ pecuniæ, quam frater fratri, ejusdem patris potestati subiecto, credidit, nascitur. *d. l. frater à fratre. 38. in princ. ff. de 15 condict. indebit.* At vehemens hîc concertatio exsurgit: ecquid naturalis illa obligatio, quæ inter fratres contracta est, patri confestim acquiratur; an verò in persona filii creditoris subsistat? Et (quidquid in contrarium diversimodè & anxie disputent Accursius & Hotomanus ad d. l. frater à fratre. 38. ff. eod. Johan. Robert. lib. 1. *recept. lect. cap. 30. § lib. 3. animadvers. cap. 8. cum. 2. seqq. § lib. 3. notat. ad no-*

tata Merceator. cap. 6. cum 2. seqq. Henricus à Sverin. in lib. repetit. lection. jur. cap. 10. Anton. Faber lib. 20. conject. cap. ult. hosq. referens novissimè Hilliger. in Donello enucleato lib. 14. cap. 19.) communior ego, veriorque eorum puto esse sententiam, qui obligationem illam naturalem patri per filium confestim adeo acquiri autumant, ut ne momento quidem in persona filii subsistat. Ita tenent Bartol. Bald. Iason, Lescurius & Mercerus ad d. l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. Cujacius tract. 9. ad Afric. in explicatione dicta. l. 38. Duaren. ad dict. tit. cap. 6. Donell. d. lib. 14. *Commentar. de jur. civ. cap. 19. pagin. 289. Vincent. Cabotus lib. 1. Disputat. cap. 22. D. Bocer. d. Disputat. 8. thes. 9. lit. b. § in hoc §. num. 22. pag. 170. Pacius cent. 4. evartio pavor. quest. 17. § Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap. 4. num. 20. § seq.* Atque hæc 16 sententia comprimis probatur textu perquam luculento in leg. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. hered. ubi Ulpianus generaliter ostendit; non solum hereditatem, sed & aliud quodlibet jus, siue quamcunque aliam rem, siue obligationem qualemcunque, patri & domino per filium & servum confestim acquiri; neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem acquiritur. Maxime verò patri & domino acquiruntur ea, quæ juris sunt, vel in jure consistunt. *l. quod dicitur. 130. ff. de verb. obligationib.* Obligationes autem inter ea referri, quæ in 17 jure consistunt, & in oculos non cadunt, patescit ex §. incorporales. 2. *supr. de rebus corporalibus & incorporalibus.* Deinde obligationem acquiri patri per filium, evincitur ex d. l. frater à fratre. 38. in princ. vers. adeo ut, § c. ff. de cond. indebit. ubi filius, qui mutuam pecuniam à fratre accepit, debitor patris vocatur. Si ergo debitor est patris: obligationem certè patri acquisitam esse, necesse est. Ille enim debitor dicitur, qui nobis obligatus est: & verbum, debetur, obligationem præsupponit, *argument. l. debitor. 108. § l. pecunia verbum. 178. §. ult. ff. de verbor. significat.* Præterea patri obligationem per filium acquiri, ex natura 18 actionis de peculio, de qua agitur in d. l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit. perspicuum evadit. Pater namque 19 ex contractu filii, cui peculium concessit, actione de peculio conventus, deducere potest non tantum, quod sibi filius debet; verum etiam quod idem filius fratri suo, alteri filio, debet: cum hoc ipsum patri quoque debeat. Si igitur hoc ipsum pater deducere potest: obligationem naturalem per filium patri esse acquisitam, consequens est. Hoc etenim naturalis obligatio, patri acquisita, operatur: ut ipse deducere possit, quod frater fratri debet, ac filius patri acquisivit. Et quemadmodum domino servus debet, quod debet conservo, vel filiofamilias domini, l. sed si damnum. 9. §. huic definitioni. 3. ff. de peculio. l. si peculium. 6. in princ. ff. de pecul. legat. ita quoque quod frater debet fratri, ipsi patri debere dicitur: cum eadem ratio in utroque militet. Donell. & Cludius locis præallegatis, ubi id fusiùs 20 confirmant.

Huic assertioni non obstat sequens argumentatio: Si 20 naturalis obligatio patri per filium acquireretur: pater ipse filio nunquam naturaliter obligaretur: siquidem obligatio naturalis filio acquisita adversus patrem, non consisteret in persona filii; sed patri mox acquireretur, & ad patrem statim recurreret: & sic obligatio naturalis confusione extingueretur, patre eodem momento creditore & debitore existente: cum nemo sibi ipsi possit obligari. l. cum filiofamilias. 11. vers. denique. ff. de legat. 1. l. Granus. 71. ff. de fidejussorib. Atqui patrem filio naturaliter obli- 21 gari, liquet ex d. l. frater à fratre. 38. §. contra si pater. 2. ff. de condict. indebit. ubi filius patri pecuniam peculiam rem credit, & pater filio naturaliter obligatur: adeo, ut ista patris obligatio etiam post emancipationem duret. Ergo obligatio naturalis patri per filium non acquiritur. Hæc, inquam, argumentatio non obstat. Nam respondetur: acquiri patri quidem naturalem obligationem ipso jure; sed quamdiu pater eâ acquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligi acquisitam. Nam suâ sponte pater patrimonium suum separavit à peculio, ac veluti patrimonio filii; rationes suas, à rationibus filii: quemadmodum Julianus pecuniam servi, à rationibus domini separari inquit.

inquit. *l. per servum. 37. §. 1. ff. de acquir. rer. domin. & Pomponius*, dominum suum à servi ratione separare & discernere, ait. *l. peculii. 4. in princip. ff. de pecul.* Hæc ratio-
 22 num separatio mentem & voluntatem patris declarat, quod obligatione naturali, quæ ipso jure ei acquisita est, & competit, uti nolit. Hæc item bonorum separatio personam patris, à filii persona distinguit, effectumque patriæ potestatis impedit: ut obligatio naturalis, quæ aliàs patri acquiritur, pro non acquisita habeatur. *Cujac. in explicatione dictæ l. frater à fratre. 38. ff. de condict. indebit.* Deinde in hac quæstione distinguendum & dispiciendum est: an contractus celebretur inter patrem & filium, vel dominum & servum: an inter fratres, vel conservos. Priori casu pater filio, & dominus servo naturaliter obligatur, nec ea obligatio patri aut domino acquiritur; sed in persona filii & servi subsistit. *dict. l. 38. §. quæsitum. 1. ff. eodem tit.* Posteriori verò casu obligatio naturalis patri & domino acquiritur; nec in filii atque servi personâ subsistit. Ratio diversitatis hæc redditur: quoniam priori casu, quando cum ipso patre contractus est habitus, natura non patitur, ut pater sibi ipsi debeat, quod debet filio. In id quippe contraxit cum filio, ut filio debeatur, eique obligatio quærat. At casu posteriori, cum ipse pater non contraxit, secus se res habet. Tunc enim quod filius acquirit, non sibi, sed patri acquirit: ac proinde obligationem quoque naturalem patri acquiri, rectè statuitur. Cæterum si filius vel servus cum extraneo contraxerit: patri civilis etiam obligatio acquiritur, *argument. l. nec servus. 41. vers. itaq. ff. de peculio. lbi dum Ulpianus ait, quod servo debetur, ab extraneo dominum rectè petere, satis evidenter arguit, civiliter id domino quoque deberi. Illud namque, quod civiliter debetur, petitur: & ex civili obligatione, non item ex naturali, petitio actiove oritur. Sed vide omninò Cludium. d. Commentar. de condict. indebit. cap. 4. num. 29. & multis seqq. ubi omnia argumenta, quæ contra nostram conclusionem à Roberto & Hotomano*
 23 *objiciuntur, abundè refutat atque resolvit. Enim verò mortuo patre, naturalis isthæc obligatio, quæ inter fratres contracta, & patri confestim quæsitæ est, per fratris debitoris successionem tollitur pro eâ parte, quâ heres est, sæpe citatâ l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de*
 24 *condict. indebit. Cum enim debitor creditori, vel hic illi succedit: confusione debiti & crediti obligationem tolli, clarissimi juris est. l. heres. 21. §. quod si stipulator. ff. de fidejussorib. l. matrem. 80. ff. ad senatuscons. Trebell. l. Stichum. 95. §. aditio. ff. de solutionib. l. debitori. 7. C. de pact. Mercurius in suo lib. singul. addit. l. frater à fratre. pag. 25. &*
 25 *seqq. Tollitur item ista obligatio pro portione profectitii peculii fratris debitoris, quæ ad fratrem creditorem pervenit, compensationis potestate. d. l. frater. 38. in princ. ff. de condict. indebit. l. etiam. 6. ff. de compensat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 8. thes. 10. lit. b. edit. 2. Quare si frater debitor, post mortem patris, fratri creditori mutuam pecuniam solverit: poterit utique frater debitor pro eâ parte, quâ ipse patri heres extitit, repetere solutam per errorem pecuniam; ut & pro sua portione peculii profectitii, quæ ad fratrem creditorem pervenit. d. l. frater. à fratre. 38. in princ. ff. de condict. indebit. Cujac. prædicto tractat. 9. ad Afri. an. pag. 586. & seqq. Donell. d. lib. 14. cap. 19. Trent. er. Disput. 22. thes. 9. ad lit. b. volum. 1.*
 26 Sanè illud quoque debitum, à cujus petitione creditor per debitorem exceptione temporali repelli potest, solutum repeti nequit. *l. si is, qui perpetuâ. 24. §. l. qui ex ce, tionem. 40. in princ. ff. de cond. indebit.* Cujusmodi censetur etiam exceptio mariti, & similibus personarum, ne conveniantur ultra quàm facere possunt, utpote petitionem differens in id tempus, cum amplius facere poterunt. *l. nam. & maritus. 9. ff. eod. l. unic. §. cum autem. C. de rei ux. act. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 8. th. 12. lit. a. Clud. d. Comm. de cond. indebit. c. 5.*
 27 *n. 120. & cap. 8. num. 113. Hinc quæri solet: num in diem debitor, antè diem debitum solvens, id repetere valeat? Et distinctione hîc utendum est: Aut enim in diem certum; aut incertum aliquid debetur, & ante diem solvitur. Hoc casu condictio locum habet: illo non item. Ratio differentiæ est perspicua: quia in diem certum*

quando aliquid debetur: certum est, diem futurum; ideoque antè diem deberi rectè dicitur. *l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. l. cedere diem. 213. in princip. ff. de verbor. significat. l. centesimis. 46. in princip. ff. de verbor. obligat.* Nec officit, diem adjectum efficere, ne præsentis diei pecunia debeatur: proindeque in diem promissum statim non deberi. *leg. eum, qui Calendis. 41. §. quotiens. vers. verum dies. ff. eod.* Illud si quidem ad effectum referri debet: quia in diem quod promissum est, statim non ita debetur, ut peti possit, sed demum adveniente die: obligatio autem incipit ex illa die, qua pecunia est promissa: & diei adjectio pro promissore est, ut ait Ulpian. in d. vers. verum dies, & c. Cæterum in diem incertum promissum (puta, cum Sempronius consul factus fuerit; vel Caesar hostes vicerit, & c.) conditioni comparatur: propterea quod potest non venire: ac idcirco vim conditionis illud habet, & repetitionem permittit. *leg. dies incertus. 7. ff. de condition. & demonstrat. l. sub conditione. 16. §. l. sufficit. 56. ff. de condict. indebit.* Tametsi id solutum, quod debetur sub eâ conditione, quam certum est omnimodo extitutam, condici neutiquam possit. *l. quod si eâ conditione. 18. ff. d. tit. conditione in certum collatâ, propter eventus certitudinem, obligatio pura censetur. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novat. & delegat. Clud. d. Commentar. de condict. indebit. caput. 2. num. 7. cum seqq. & cap. 8. num. 3. & seqq. Adde Hunnium lib. 3. var. resolution. jur. civ. tract. 2. quæst. 11. item tractat. 3. part. 2. quæst. 5. pagin. 904. & seqq.*

Cum igitur is, qui in diem certum debet, adeò debitor 28 sit; ut antè diem solutum repetere haud possit: non abs re ambigitur, an medii temporis interusurium, accessiones, fructus, commoda aut emolumenta, quorum ratione debitor damno se ex præmatura solutione affectum dicit, restituenda sit? Et licet ajens sententia arrideat Alberico de Rosat. Fulgoso & Iasoni ad d. l. in diem 10. ff. de condict. indebit. Duareno ad eundem tit. c. 5. vers. sed queritur, an interusurium, & c. Molinæo in tract. de us. quæst. 74. n. 497. Hackelm. illustr. disp. 10. thes. 8. lit. C. Cludio d. Comm. de cond. indebit. c. 8. n. 29. & seqq. Philippo Knipschildt. exercit. Acad. 11. quæst. 10. pag. 399. itemq. Hunnio locis antedictis, negativam tamen (quam & ego in puncto juris veriore censéo) non sine rationibus defendunt Bartolus in l. 1. num. 30. Costalius & alii in d. l. in diem. 10. ff. de condict. indebit. Trentler. Disputat. 22. thes. 5. lit. d. volum. 1. Matthias Stephani centur. 3. quæst. 28. Robertus Disputat. 14. thes. 7. & Robertus lib. 1. sententiar. jur. cap. 26. ubi asserit, ex communi antiquiorum sententia verius id esse: soluto eo, quod in diem debebatur, nec sortis principalis, nec accessionum, nec interusurii medii temporis nomine quicquam repeti posse, quocunque errore id solutum sit. Cum enim principale debitum repeti non possit. *d. l. in diem. 10. d. l. sub conditione. 16. in fin. cum l. §. q. ff. de condict. indebit.* ubi generaliter & simpliciter rei solutæ condictio prohibetur: utique nec interusurii, tanquam accessorii, ratio habebitur, *l. eos, qui. 26. in princ. C. de usur. c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6. l. cum principalis. 178. eod.* Nam generaliter di- 29 cta, generaliter etiam sunt accipienda: tam in odiosis, quàm favorabilibus. *l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urb. l. 1. ff. de offic. præsid. l. regula. 9. §. ult. ff. de jur. & fact. ignor. Tiber. Decian. consil. 39. num. 54. volum. 2.* Et semper specialia generalibus insunt, auctore Cajo in l. 30 sem. er. 147. ff. de reg. jur. Et à generalitate quod non est 31 nominatim exceptum, non videtur specialiter dictum. *l. uxorem. 41. §. felicissimo. 3. ff. de legat. 3.* Et de genere quod dicitur, idem de specie judicatur. *leg. qua de tota. 76. in princ. ff. de rei vindicat.* Et à quo removetur genus, ab eodem removenitur species. *l. 1. §. quod autem ff. de aleatorib. cum similibus alleg. tis per Everhardum à Middelburgo in loc. à genere ad speciem. num. 1.* Et denique principale 32 qui perdit, eum etiam accessorium perdere palàm est. *l. Labeo. 17. ubi Bartol. ff. quemadmod. servitutes amittunt.* Præterea ipsa diei adjectio obligationis substantiam verè non respicit, sed executionem tantum: si quidem dilatio solummodò in favorem debitoris adjecta censetur. Quocirca diem obligationi adjectum lex interpretatur, non ut debitor medii temporis interusurio fruatur:

fruat: sed ut facilius solutionem parare, suoque tempore debitum præstare possit. *leg. eum, qui Calendis. 14. §. quoties. ff. de verb. oblig. l. quod quis. §. 10. ff. de obligat. & actionib. l. cum tempus. 17. ff. de regul. juris.*

- 33 Hanc decisionem nihil impedit vulgatum istud axioma juris: quod nemo debeat locupletari cum alterius injuria, jactura & detrimento. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Is autem, qui ante diem accipit debitum & mediū temporis interusurium non restituit, cum alterius, videlicet debitoris, jacturā & damno locupletetur. Etenim respondetur: eum, qui in diem certum debet, verè debere, debitumque purum, & debitum in diem æquiparari. *leg. si Stichum. 8. §. 1. ff. de novat. & delegat.* Ideoq; ante diem qui solvit, plus solvit tantum ratione executionis, non verò obligationis. Atqui solutio transfert dominium in eum, cui est solutum, *argument. l. si rem meam. 20. & l. qui sibi. 33. ff. de solutionib. l. naturaliter. 13. l. Iulianus. 60. & l. si quod dominus. 64. ff. de condict. indebit.* Itaque non immeritò commoda & emolumenta domini consequitur, *arg. §. item ea, quæ ex animalibus. 19. supr. de rer. divis. & l. item quæ. 6. ff. de acquir. rer. domin.*

- Eandem quoque decisionem minimè infringit, quod is, qui per errorem ratione quantitatis plus solvit, id repetat. *l. si pæna. 19. §. fin. ff. de condict. indebit.* & qui solvit ante diem, plus solvat, *argument. §. si quis agens. 33. vers. plus autem. infr. de actionib.* cum dies sit pars summæ & obligationis. *leg. 1. §. editiones. 2. ff. de edend. l. ut si cui. 12. in fin. ff. de verbor. significat. ac proinde eadem ratione, quod tempore plus solutum est, rectè condicatur.* Ratio namque diversitatis inter hæc satis evidens est. Qui enim quantitate plus solvit; revera plus solvit: qui tempore; respectu executionis duntaxat, non debiti, plus solvisse dicitur, ut paulò antè monitum. Sed vide accuratius id explicantem Robertum d. lib. 1. sentent. jur. cap. 26. & Robertum d. Disput. 14. ad thes. 7.

- 36 Quanquam autem debitum, quod quis perpetuā exceptione tutus solvere non tenetur, si solutum sit per errorem, repeti queat: ut & illud quod num temporariam, an perpetuam exceptionis defensionem habiturum sit, incertum est; veluti de quo convenit, ne petatur, donec Titius consul fiat. *l. sufficit. §. 6. ff. de condict. indebit. Cujac. in Comment. in lib. 8. quest. Papiniani. pag. 156. & seq. Duaren. ad d. tit. ff. de condict. indebit. caput. 5. Vult. in §. sequens. 16. num. 43. infr. de actionib. Trent. er. d. disput. 22. thes. 5. ad lit. f. vol. 1. D. Bocer. class. 2. Disputat. 8. th. 13. edit. 2.* attamen si exceptio illa in odium ejus, cui debetur, sit comparata, soluti repetitio cessat. Unde si mulier ex intercessione sua quod debet, per errorem solvat, ejus repetitionem habet: at filius familias si pecuniam, quam contra senatusconsultum Macedonianum accepit mutuam, pater familias factus solvat, non repetit. *l. si pæna. 19. in principio. l. si non sortem. 26. §. filius familias. 9. & l. qui exceptionem. 40. in princ. ibique Gothofred. ff. de condict. indebit. l. sed si pater familias. 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatuscons. Maced. Donell. libr. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 11. pag. 256. num. 40. Pacius centur. 4. ἐναγτιοπαρῶν. quest. 15. Cludius in Commentar. de condict. indebit. cap. 2. num. 28. cum seqq. pag. 65. cap. 5. n. 126. pag. 284. item cap. 8. num. 61. cum seqq. pag. 358. & num. 74. cum seqq. pag. 361.* Enim verò hîc non ignorandum: eum, qui solvit per errorem, quod exceptione doli mali, vel rei judicatæ tutus solvere non tenebatur, solutum repetere posse, *per textum notabilem in l. qui se debere. 7. ff. de cond. causa dat. causa non secuta. d. l. qui except. 40. ff. de condict. indebit.* ita tamen, ut vero debitori, quem judex malè absolvit, repetitio denegetur, si suâ sponte sciens, bonamque fidem agnoscens, solverit, *l. judex. 28. & l. Iulianus. 60. in princip. ff. eod. Cujac. ad lib. 22. Pauli ad edict. pagin. 120. latissime Donell. d. lib. 14. cap. 12. ibique Hilliger. in suis not. D. Bocer. dict. Disputat. 8. thes. 14.* Ea-que de re vide diffusius disputantem D. Hunnium, d. libr. 3. tractat. 3. part. 2. quest. 7. & seq. pagin. 907. & seqq.

- 37 Ex persona dantis & accipientis indebitum æstimatur; si vel is, qui suo solvit nomine, non debet illi, cui solvit, tametsi quod solvitur, accipienti debeat ab alio. *leg. si pæ-*

na. 19. §. 1. junctâ l. in summa. 65. §. ult. ff. de condict. indebit. vel si is, qui solvit, debet quidem, quod dat, sed non ei, cui solvit: proindeque solutum quod est, ut indebitum repeti potest, *dict. l. in summa. 65. §. ult. ff. eod. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 8. thes. 16. edit. 2. & in hoc §. n. 41. & seqq.* Cæterum prædicta *l. si pæna. 19. §. 1. ff. d. tit.* (ubi nominatim traditur, quamvis debitum sibi quis recipiat: tamen si is, qui dedit, non debuit, repetitionem competere) non contrariantur *l. repetitio. 44. ff. eod. & l. de hereditate. 5. C. de petit. heredit.* ex quibus clarescit, repetitionem cessare, quando suum, vel sibi debitum quis recepit, licet à vero debitore non sit solutum. Etenim communi, eâque verissima distinctione res explicanda: Aut is, qui solvit, quod alius debet, suo nomine solvit; & tunc competit condictio indebiti, & verus debitor non liberatur. *d. l. si pæna. 19. §. 1. d. l. in summa. 65. §. ult. ff. de condict. indebit. l. si à patre. §. C. eod. l. si quid possessor. 31. in princip. ff. de petit. heredit. l. cum quis. 38. §. de p. culio. 2. ff. de solutionib.* Aut debitoris nomine solvit, & tunc nulli datur condictio, verusque debitor liberatur. *d. l. repetitio. 44. l. quod nomine. 8. & l. servus. 36. ff. de condict. indebit.* Sic in specie dicta *l. de hereditate. 5. C. de petit. heredit.* præsupponendum est eum, qui falso putabat, se heredem esse, solvisse heredis nomine: ac ea propter cessat condictio: quia cum hereditario nomine solvit, indebitum non solvit. Atque distinctionem istam approbant Accursius & Bartolus in *d. l. si pæna. 19. §. 1. ff. de cond. indebit. Cujacius lib. 8. obs. c. 9. Don. d. lib. 14. Comm. de jur. civ. c. 13. Pacius cent. 4. ἐναγτιοπαρῶν. q. 2. Rittershusius hic pag. 408. in fine. Bronchorst. centur. 1. ἐναγτιοπαρῶν. affert. 78. edit. 1. Vultejus ad §. sequens. 16. infr. de actionib. num. 57. Cludius in Comment. de condict. indebit. cap. 1. num. 38. cap. 4. num. 95. pag. 205. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 9. pag. 911. Gilkenius ad rubric. tit. C. de condict. indebit. num. 27. & Paulus Berens Disput. 12. them. 3. quest. 5. ubi varias variorum interpretationes refert. Quibus addatur Dn. Collega Besoldus part. 2. delibator. jur. ex lib. 12. Pandect. quest. 11. pag. 79. & seq. ubi aliam, & quidem non incertam oppositarum legum conciliationem adfert, post Georgium Lopez. animadvers. cap. 13.*

Quid verò statuendum, si non constet, an proprio, vel alieno nomine quis solverit? Bartolus, Angelus, Fulgofius, Castrensis, Costalius, & alii in sæpe allegata *l. si pæna. 19. §. 1. ff. de condict. indebit.* item Mozzius in tract. de contract. tit. de condict. indebit. rubr. de caus. quæ faciunt cessare cond. n. 11. opinantur: in dubio præsumendum, solutionem nomine alieno esse factam. Sed rectius, me judice, concluditur: in dubio potius nomine proprio, quam alieno, solutionem factam censeretur: nisi adsint circumstantiæ, quæ aliud suadeant. Tum quia in omnibus conventionibus ac contractibus potius personam, quæ conventionem sive negotium celebrat & contrahit, inspicimus, quam alium, qui conventioni non interest: cum magis ipsius contrahentis, quam alterius causâ res agi, & quilibet proprio potius, quam alieno nomine contrahere existimetur. *l. & magis. 4. ff. de solutionib. l. cum de indebito. 25. in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus.* Tum quia solutio in dubio intelligitur facta eam in causam, quæ magis est utilis solventi. *l. 1. & 2. ff. de solutionib. & l. 1. C. eod. tit.* Atqui magis utilis est, si solvens intelligatur proprio nomine solvisse. Hoc enim modo solutum repetere potest, quod ab altero, si ejus nomine solutum præsumeretur, quia fortè non esset solvendo, condicere solventi integrum haud esset. Tum denique si eo casu, quo duæ sunt obligationes, solvens potius suam, quam alienam dissolvit obligationem, suoque nomine dedisse præsumitur, *argum. d. l. & magis. 4. ff. d. tit. nihil certè prohibet, quò minus idem obtineat, quando hoc casu quis solvit, quo ipsemet nunquam obligatus fuit, neque de aliâ ejus mente apparuit.* Et ita, post Iasonem in dict. *l. si pæna. 19. §. 1. ff. de condict. indebit.* docuit novissimè Cludius d. c. 4. n. 97. p. 206.

Æstimatur præterea indebiti qualitas ex personis pupilli, furiosi & prodigi. Si enim hæ personæ sine tutore vel curatore suo naturale debitum solvant: etsi in aliâ personâ cessaret naturalis debiti soluti repetitio: in iis tamen personis generaliter repetitioni locum esse, non ambigitur. *l. interdum*

interdum. 29. ff. de condict. indeb. Robert. lib. 1. sent. jur. c. 10.
D. Bocer. in hoc §. num. 44. & d. class. 2. Disputat. 8. thes. 17.
43 edit. 2. Cui non refragatur. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff.
ad senatuscons. Trebell. ubi Mœcianus JC. ait, pupillum,
44 si naturâ tantum debitum solverit, non repetere. Nam
ut legum correctio & contrarietas evitetur. c. cum dile-
ctus. 8. ibiq. gloss. in verb. juri communi. ext. de consuetud.
non usque adeo malè respondetur: in illâ lege proponi
quidem mutuam pecuniam accepisse pupillum sine tuto-
re; sed non exprimi, an absque tutore, aut pubes is effe-
ctus solverit. Ideoque nihil vetat, quò minus legem istam
exaudiamuseo de casu, quo pupillus solvit tutore auctore,
vel eo tempore, quo ipse efficaciter solvere potuit, nempe
pubes factus. Tunc etenim non repetet, ut fusiùs osten-
dit Robertus dicto loco. Eadem de re consulendi sunt
Duarenus ad tit. Cod. si cert. pet. cap. 3. Anton. Faber lib. 8.
conject. cap. 6. Petrus Faber, Sturtius, & Hippol. à Collibus
ad l. cujus per errorem. § 3. ff. de reg. jur. aliq. quos refert
Cludius in Commentar. de condict. indeb. cap. 5. num. 24.
& seqq. pag. 239.
45 Porro indebitum, ut condici possit, per errorem (Est
autem error nihil aliud, quàm falsa opinio, ex ignorantia
contracta, tradente Frantzio, exercit. jurid. 11. quest. 8.
num. 1. pag. 364.) solutum esse oportet. Siquidem scien-
ter indebitum qui solvit, donasse potius, quàm indebitum
solvisse reputatur. leg. qui fundum. 7. §. servus meus. in fin.
ff. pro emptor. leg. 1. §. 1. leg. si is, qui. 24. l. si non sortem. 26.
§. indebitum. 3. in fin. & §. qui filiofamilias. 8. ff. de condict.
46 indeb. l. indebitum. 9. in princip. C. eod. Et huc confert trita
juris regula: cujus per errorem dati repetitio est; ejus
consulto dati donatio est. d. l. cujus per errorem. § 3. ff. de
reg. jur. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. & delegat. Id-
que adeo procedit: ut, licet eâ mente quis sciens solverit,
ut repeteret: tamen condictio cesset. l. quod quis sciens.
47 50. ff. de condict. indebit. Propositum namque in mente
retentum, nihil operatur. l. si repetendi. 7. ibiq. Gothofred.
Cod. de condict. ob caus. dator. Cephal. conf. 107. n. 24. Pacius
48 cent. 3. ἐναγιοπαύω. quest. 99. At quid dicendum, si quis
dubitans indebitum solvit: an per errorem solvisse cen-
sendus est? Maximè: ac propterea ei condictio competit,
constituente Justiniano in l. ult. C. de condict. indeb. Eiusq;
49 constitutionis rationes sunt perspicuæ. Tum quia dubi-
tans & errans in jure æquiparantur, leg. 1. in princip. ff. de
legat. 3. l. de statu. 15. ff. qui testam. fac. poss. Tum quia
nulla donationis præsumptio hîc militat: quandoquidem
animo incerto & titubante qui solvit, donare non cense-
tur: ac proinde ei soluti repetitio datur. Causâ quippe
donationis hic cessante, meritò quoque ejusdem effectus
cessare, adeoque repetitio locum obtinere debet. l. adigere.
6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. l. ex facto. 43. in princip. ff.
de vulg. & pupill. substit. c. cum cessante. 60. ext. de appel-
lat. Tum etiam quia in re obscurâ potius favendum
est illi, qui indebitum repetit, quàm qui indebitum
accepit, sibi que donatum esse contendit. l. non debet.
41. in fine. ff. de regul. juris. Cum ergo hoc casu, quo
quis mente ancipiti ac titubante indebitum solvit, res satis
obscura sit, favorque indebitum condicentis subsit: inde-
biti condictionem solventi accommodari, rectè statuitur.
d. l. ult. C. de cond. indeb. Vultej. in §. sequens. 16. infr. de act.
num. 56. Wesenb. in Paratitl. ff. de condict. indeb. n. 9. vers. pa-
ri ratione, &c.
50 Nec movet in contrarium, quòd dubitans transigendi
causâ solvisse præsumatur, & ob id repetitioni locus nul-
lus relinquatur. l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.
Nam transactionis præsumptio contra animo dubio sol-
ventem induci minimè potest, auctore ipso Justiniano in d. l.
ult. circa finem. C. eod. cum in transactionibus animus, vo-
luntas & consensus, qui in solvente animo ancipiti atque
51 incerto præsumendus non est, intervenire debeat. Meritò
itaque hîc quoque axioma istud obtinet: quòd cessante
causâ transactionis, videlicet animo, voluntate & con-
sensu, effectus ejusdem cesset, sicque solventi repetitio
concedatur. d. c. cum cessante 60. ext. de appellat. Clud. in
Comment. de condict. indeb. c. 5. num. 6. pag. 231. Porro
dubitans & errans sive ignorans an & quatenus parificen-
tur, post alios, explicat Joannes Baptista Costa tom. 1.

tractat. de facti scientia & ignorantia. inspect. 82. fol. 288.

Quandoquidem verò constat duplicem esse errorem, 52
juris & facti, leg. 1. in princip. l. regula. 9. in princip.
& §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de jur. & facti
ignorant. tempestivè hoc loco quæritur: utrum facti sal-
tem, an juris etiam errore solutum repetiqueat? Et quam- 53
vis multi autument, juris quoque errorem producere inde-
biti condictionem. Accurs. in l. 1. super verb. per errorem.
Cod. de condict. indebit. ibiq. ad Rubric. Sichardus num. 9. &
in l. 1. num. 2. eod. Wesenb. in Paratitl. ff. eod. tit. num. 9. Ioan.
Faber. in Breviario jur. in l. 1. & §. Ludovic. Vitalis lib. 2.
variar. lect. cap. 22. Schickhard. Disputat. ad Instit. 12.
thes. 4. in resolut. quest. 2. Bachovius in tract. de actionib.
disput. 4. ad th. 17. pag. 144. & seqq. & alii: mihi tamen eo-
rum, qui facti tantum errorem admittunt: sententia ma-
gis arridet, per textum apertam in l. cum quis. 10. C. de jur.
& fact. ignorant. l. si per ignorantiam. 6. & l. fideicommissum.
7. C. de condict. indebit. l. error. 9. Cod. ad leg. Falcid. l. regula.
9. §. penultim. ff. de jur. & facti ignorant. cum similibus. Ra- 54
tio diversitatis petenda est ex Neratio in l. 2. ff. dicto tit.
quia jus finitum & potest, & debet esse: facti interpreta-
tio plerunque etiam prudentissimos fallit. Unde omnes 55
homines jura intelligere & scire debere, alibi dicitur. l. le-
ges. 3. & l. leges sacratissime. 9. C. de legib. Et culpam con- 56
trahit, qui jus ignorat, argum. l. lata culpe. 223. in princip.
ff. de verbor. significat. Huicque adstipulantur sententiæ
Duarenus in Commentar. ad tit. de condict. indebit. cap. 3.
Cujacius in d. l. si per ignorantiam. 6. C. eod. & in Comment.
lib. 19. questio. Papinian. p. 512. cum seq. Eguinar. Baro &
Heigius in hoc §. num. 18. Robert. lib. 1. sentent. jur. cap. 6. &
7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 14. Julius Pa-
cius centur. 4. ἐναγιοπαύω. quest. 6. & in Rubric. C. de con-
dict. indebit. num. 6. & in l. si à patre. 5. num. 50. & in dict. l.
fideicommissum. 7. Cod. eod. Vultejus in dict. §. sequens. 16.
num. 54. infr. de actionibus. Hotoman. ad tit. ff. de condict.
indebit. pag. mihi. 81. D. Bocer. class. 2. Disput. 8. thes. 18. edit.
2. & in hoc §. num. 45. & seqq. Matth. Stephani centur. 3.
quest. 317. Petrus Faber. in l. cujus per errorem. 53. ff. de reg.
jur. Bronchorst. cent. 1. ἐναγιοπαύω. assert. 77. edit. 1. Aru-
maus exercit. Justin. 15. thes. 15. Clud. dict. Commentar. de
condict. indeb. cap. 1. num. 14. & seqq. Haenon. Disputat. 13.
controvers. 7. Robertus Disput. 14. th. 5. Ioan. Vtricus Wolff
in prodromo responsor. & consilior. jur. cons. 1. num. 349.
Frantzkius d. exercit. 11. q. 8. n. 7. & seqq. Vngepaur. exerc.
Justin. 12 q. 8. pag. 471. edit. ult. Andr. Gerhard. Decad. 16.
q. 6. Paulus Berens. Disput. 12. them. 3. quest. 4. & Hunnius
d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quest. 3. pag. 898.
& seqq. Quibus omnibus adjiciatur Petrus Franciscus Lin-
glois decis. Justin. 10. quest. 1. fol. 102. & seq.

Huic assertioni primò non obstat, quod ex l. juris igno- 57
rantia. 7. & l. error. 8. ff. de jur. & fact. ignor. objici solet:
juris errorem in damnis rei suæ amittendæ non nocere.
Eum autem, qui indebitum solutum repetit, quod suum
est, petere. Ergo juris errorem ei non nocere; & consequen-
ter indebiti condictionem parere. Nam Papinianus JC.
in utrâque lege apertè ait, errorem seu ignorantiam juris
suum petentibus non nocere. Ast indebitum condicens
seu repetens, suum petere dici non potest: cum domini-
um rei indebitè solutæ in accipientem transtulerit, argum.
l. dominus. 53. ff. de condict. indeb. §. sic itaq. 14. infr. de actio-
nib. & l. ult. ff. usufructuarius quemadm. caveat. Duaren. &
Donellus locis præallegatis, & Clud. dict. cap. 1. num. 26. &
seqq. ubi etiam aliter, & quidem satis prolixè, ad istam ob-
jectionem respondet. Quanquam illam Duarenus, ejusque
allegiarum responsionem omninò captatoriam & cavilla-
toriam, imò ineptam & nullam, contra clarissimos juris
textus suprâ num. 53. allatos, ineptè pronunciet Bacho-
vius d. disputat. 4. sub th. 17. pag. 146.

Secundò non obstat l. cum is. 32. §. 1. & l. si fidejussor. § 9. 58
ff. de condict. indebit. ubi fidejussori in jure erranti, atque in-
debitum solventi, condicendi jus competit. Etenim in
hisce ll. fidejussor non juris, sed facti imprudentiâ lapsus
creditori, qui pactum de non petendo fecerat, satisfecit.
Fidejussor siquidem ille fortassis propter memoriam labi-
lem, pacti de non petendo, quod ipsi fecerat creditor, fuit
oblitus. Neque hæc solutio, tanquam divinatoria, cul- 59

panda est, aut rejicienda; præsertim cum in dubio ea accipienda sit significatio seu interpretatio, quæ vitio vacat, aliisque legibus non contradicit. *l. in ambigua. 19. ff. de legib.*

60 Tertiò non obstat, *lex. 1. in princ. vers. si verò hoc. ff. ut in possess. legatorum servand. caus. esse lic.* ubi heres, qui legatorum nomine per errorem juris satisdedit, cum remissa ei esset à testatore cautio, satisfactionem condicere potest. Ex ipso namque textu responsio commodè sumitur. Non enim ibi præcisè Ulpianus affirmat, heredem in jure errantem condicere satisfactionem posse: sed tantum ait, *benignè quempiam dicere satisfactionem condici posse.* Quibus utique verbis haud obscurè significat, benignitatis & æquitatis quidem ratione ac intuitu hoc ita posse tolerari; idque favore ultimæ voluntatis: quia voluit defunctus heredem non cavere legatariis: aliud verò ipso jure esse receptum. Quod autem benignè & singulari ratione alicui concessum est, non est trahendum ad consequentias, *leg. quod verò. 14. cum. 11. seqq. ff. de legib. & argument. leg. qui negocia. 34. in princip. vers. id enim benignè. ff. mandati.*

61 Quartò non obstat *l. si à patre. 5. C. de condict. indebit.* ex qua colligi posse videtur, erranti in jure condictionem dari. Quandoquidem filius emancipatus ibi non erravit in jure, sed in solo facto: quia putabat, tempora præstituta, id est, annum nondum præterisse, qui tamen præterierat. Sanè si tempora præterisse non ignorasset, & nihilominus existimasset, se jure honorario post annum succedere posse: in jure errasset, ac proinde indebiti condictio ei non competisset, *d. l. cum quis. 10. C. de jur. & fact. ignorant. & iuribus concordantibus superius allegatis, n. 53.*

62 Quintò non obstat *l. frater à fratre. 38. in princip. ff. de condict. indebit.* ubi frater fratri solvit, ad quod obligatus jure non fuit; & tamen repetitio soluti pro parte dimidia, secundum distinctionem Africani, fratri solventi tribuitur. Quoniam illic non juris, sed facti errore solutio facta fuit. Frater enim, qui solvit, fortè putavit, mutuum post mortem patris fuisse contractum, vel ex causa castrensis peculii, illius, qui mutuum pecuniam dedit. *Clud. d. Commentar. de condict. indebit. cap. 1. num. 44.*

63 Sextò non obstat *l. 2. §. 1. cum. 1. seq. ff. de condict. indebit.* ubi datur indebiti condictio, quando, ex testamento falso, inofficioso, rupto, vel irrito aliquid solutum est. Testamentum autem falsum, inofficiosum, ruptum, vel irritum dicere, ad jus pertinet, non ad factum. Ergò juris errore solutum repeti potest. Non illud, *inquam,* obstat. Quia nequaquam ibi erratum fuit in iure, sed in facto. Testamentum quippe ibidem non fuit; vel causa exheredationis falsa apparuit, aut probata non fuit; vel pater filium obiisse falso existimavit, qui postea ab hostibus est reversus; vel aliud testamentum prolatum fuit, de quo heredi prius instituto nihil constitit, vel heres institutus ignoravit, posthumum natum in utero fuisse: quæ omnia factum respicere, nemo non intelligit. *Cludius. dict. capit. 1. numero 48.*

64 Septimò non obstat, quòd indebiti condictio ex æquitate naturali oritur, *l. in summa. 65. §. quod ob rem. 4. & 1. seq. ff. de condict. indebit.* Æquitas verò naturalis non tantum in errore facti, sed etiam in errore juris obtinet. Respondetur enim: æquitatem hanc naturalem ad jus, utpote quod omnes scire debent, referendam non esse. *d. l. leges. 3. & 9. C. de legib.* Juris liquidem ignorantia lata culpa esse censetur. *d. l. lata culpa. 223. in princip. ff. de verbor. significat.* Hæc autem in contractibus dolo æquiparatur. *leg. quod Nerva. 32. ff. deposit. l. 1. §. ff. si mensor. fals. mod. dix. l. si fidejussor. 29. in princip. ff. mandat. qui nemini prodesse debet. l. 1. §. 1. ff. de doli mal. & met. except. l. ita demum. 31. ibi, ne quis doli sui præmium ferat. ff. de recept. arbitr. l. itaque. 12. §. 1. & leg. eum, qui. 14. §. 1. ut autem. ff. de furt.* Unde etiam juris errorem ad usucapionem nemini prodesse constat. *l. nunquam. 31. ff. de usurpat. & usucapionibus.*

65 Octavò non obstat *l. eleganter. 23. §. item si ob transactionem. 2. ff. de condict. indebit.* ex cujus specie manifestum esse videtur, errore juris indebitum solventem, ejus repetitionem habere. Multum namque refert & interest: utrum

quid, tanquam indebitum, sit solutum; an verò quasi ex causa transactionis, de qua lex ista agit. Neque enim si transactio fuerit utilis, repetitur, quod ex causa transactionis solutum est, etiam si adversarius in re litigiosa & transacta nihil jurishabuerit. At si transactio inutilis est, quasi indebitum repeti potest. *l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.* Quare & in casu *dicti §. item si ob transactionem.* repetitio locum invenit; cum transactio nullas vires habeat: sed ea senatusconsulto, ut *Ulpianus ibidem loquitur,* vel oratione Divi Marci (*sicuti liquet ex l. cum hi. 8. in pr. ff. de transact.*) infirmetur. Ideoque non propter juris errorem, sed quòd transactio alimentorum, testamento relictorum, sine Prætoris auctoritate facta non subsistit, repetitioni locus relinquatur. *d. l. cum hi. 8. in princip. ff. d. tit. Clud. d. cap. 1. num. 49.* Quæ solutio licet Humio loco præallegato non placeat: quia tamen ipse haud meliorem, sed merè divinatoriam substituit: nostram omninò retinendam arbitror.

Postremo non obstat, quòd multis in locis simpliciter & generaliter, absque ulla distinctione, traditur; indebitum per errorem solutum repeti posse, *hoc §. nostro. l. 1. §. non sortem. 26. §. indebitum. 3. l. qui ex exceptione. m. 40. ff. de condict. indebit. l. 1. C. eod.* & in toto, eoque prolixo & insigni titulo *ff. de condict. indebit.* nulla fit prorsus erroris facti mentio. Nam et si istis locis nihil de errore distinguitur: aliis tamen locis & distinguitur, & disertè de errore juris expressum est; quod per hunc errorem solutum sit, repeti non posse, *d. l. regula. 9. §. penult. ff. de jur. & fact. ignorant. d. l. cum quis. 10. C. eod. & similib. supra adductis. num. 53. & seq.* Hos igitur locos, ut ad interpretationem aliorum, & ad exceptionem erroris juris positos, id est, ut certos, minimeque dubios sequi, & secundum eos generalitatem sive ambiguitatem aliorum interpretari debemus. Idque facere jubemur duobus præceptis juris notissimis. Unum hoc est: incivile esse, nisi tota lege perspecta, unâ aliquâ particula ejus proposita, judicare, vel respondere. *l. incivile. 24. ff. de legib.* At totum corpus juris civilis, quo utimur, una quodammodo lex est Justiniani, qui quidquid in eo scriptum est, suum esse, apertè profitetur. *l. 2. §. tanta autem. 19. C. de vet. jur. enucleand.* Est igitur incivile, & contra hanc legem, ex quibusdam locis judicare & pronuntiare in universum de tota hac repetitione, omittis aliis, in quibus certò adjicitur aliquid, vel detrahitur. Alterum præceptum hoc est: in toto jure generi per speciem derogari, & illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. *l. in toto. 80. de reg. jur.* Jam verò quibusdam locis definitur, per errorem solutum repeti posse; generaliter hoc quidem: sed aliis locis certis excipitur ex eo genere erroris juris, dum nominatim traditur, quod hoc errore solutum est, non posse repeti. Quocirca quod ad hanc speciem erroris directum est, id potius haberi oportuit. *Donell. d. Commentar. de jur. civil. lib. 14. cap. 14. pagin. 267. & seq.* Constanter ergo concludendum: tantummodo ob errorem facti, condictionem dari.

Nec urget, quod regeritur: ignorantiam in proprio facto tolerabilem haud esse. *l. nunquam. 7. vers. quia facti. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. quisquis. 15. Cod. de rescind. vendit.* ac propterea indebitum solventi, tanquam in proprio facto erranti, condictionem non concedi. Etenim idcirco ei condictio indulgetur; quòd jure naturæ iniquum sit, ut indebitum solutum maneat penes eum, cu us esse non potest, & qui cum alterius damno & injuria cupit locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur.* Ideoque ut is, qui solvit indebitum, damni restitutionem consequi possit, condictio ipsi conceditur: & regula illa, quâ dicitur ignorantiam in proprio facto non esse tolerabilem, hoc casu, quo agitur de damno vitando, officium suum perdit, *notante Gothofredo ad d. l. nunquam. 7. ff. ad senatusconsult. Vellejan. & Cludio dict. Commentar. de condict. indebit. capit. 1. num. 50.*

Enimverò regula hæcenus exposita, quæ vult, errorem juris condictionem indebitum non parere, in quibusdam personis singulariter limitatur. Minores namque 25. annis in errore juris excusationem merentur: ac proinde, si per

per errorem juris indebitum solverint, conditionem sive repetitionem ejus habent. *l. regul. 9. in pr. ff. de jur. & fact. ignorant. l. cum de indebito. 25. §. si autem is. 1. ff. de probat. l. 2. C. si advers. solutionem, &c.* Unde si minor 25. annis filiofamilias majori mutuam pecuniam dederit, ignarus S^Ci Macedoniani; creditum propter ignorantiam juris non amittit, sed illud repetere potest. *d. l. regula. 9. in fin. princ. ff. de jur. & fact. ignorant.* Magis enim est, ut ætatis ratio, quam S^Ci habeatur, *referente Ulpiano in l. verum 11. §. ult. ff. de minorib. 25. annis.* Deinde etiam fœminæ in quibusdam casibus propter sexus infirmitatem, excusantur. *d. l. regula. 7. in pr. ff. de jur. & fact. ignorant. l. de die. 8. §. si servus. 2. in fin. ff. qui satisdar. cogantur.* Hinc si fœminæ, S^Ci Liboniani ignara, sibi legatum adscripserit; quamvis non sit modicum legati istius compendium; juristamen hæc ignorantia fœminæ non nocet. *l. Divus Claudius. 15. §. matri. 4. & §. seq. ff. ad leg. Cornel. de fals.* Eadem ratione ignorantia juris fœminæ non obest, quando ignara juris sui, se ipsam defert fisco, quasi incapacem legati relictæ, cujus verè capax est. *l. 2. §. fin. ff. de jure fisci.* Sic si mulier ignorans, se exceptione S^Ci Vellejani tutam esse, solverit pro eo, pro quo fidejussit, conditione indebiti solutum repetere poterit, tametsi in jure erraverit. *l. quamvis. 9. C. ad S^C. Vellejanum.* Præterea milites juris ignorantia excusat, non solum ut damno non afficiantur; sed etiam ut aliquid lucrentur & acquirant. *d. l. regula. 9. §. 1. ff. de jur. & fact. ignorant. l. 1. Cod. eod. l. ult. in princip. Cod. de jure deliberand. d. l. cum de indebito. 25. §. 1. ff. de probationib.*

74 Est tamen differentia notanda inter ignorantiam juris, quæ militibus, & illam, quæ fœminis præbatur. Milites enim ob juris ignorantiam excusantur semper; fœminæ verò certis duntaxat casibus. *d. l. regula. 9. in princip. ff. de jur. & fact. ignorant.* Fœminæ item in lucris non excusantur. *l. error facti. 8. ff. d. tit. l. quamvis 11. §. l. ult. C. eod. l. in eo. 110. §. fin. ff. de reg. jur.* Milites autem in lucris quoque, sicuti minores 25. annis, excusatione digni judicantur. *l. ait prætor. 7. §. hodie. 6. ubi Cujacius ff. de minorib. 25. annis.* Denique & rusticis jus ignorare permissum est; maxime si copiam Jurisconsulti habere non possint. *d. l. regula. 9. §. sed juris 3. ff. de jur. & fact. ignorant. l. ex quibusdam. 2. §. ult. ff. de jur. fisci. l. 1. in fin. ff. de edend. d. leg. cum de indebito. 25. §. 1. ff. de probationib. l. quicumque. 8. Cod. qui admitti ad bon. poss. possunt.* Cæterum prædictis personis, in illis, quæ juris sunt naturalis, ignorantia juris nequaquam permittitur. Haud etenim audiendus est minor, fœmina, miles, vel rusticus, si prætendant, se nescire reverentiam parentibus deberi; aut se per ignorantiam juris incestum, adulterium, homicidium, furtumvè commisisse. Hæc siquidem jure naturali sunt probra, quorum ignorationem nemo sanæ mentis prætereundere potest: cum jus illud nescire nemo valeat. *l. si adulterium. 38. §. quare. 2. ff. ad leg. Jul. de adulter. Cujac. lib. 1. definit. Papin. in explicat. dictæ l. error facti. 8. in fin. ff. de jur. & fact. ign. huncque laudans Cludius d. Comment. de condic. indebit. cap. 1. num. 60. Eademque de re latè Donell. lib. 1. Commentar. de jure civil. cap. 21. & cap. ult.*

77 Licet porro indebitum per ignorantiam seu errorem facti solutum repeti posse, jam cognitum exploratumque sit: illud tamen haud esse perpetuum, sciendum est. Ex iis enim causis, ex quibus inficiando lis crescit, hoc est in quibus aliquis mendacii convictus punitur, & pro simplo condemnatur in duplum { veluti ex L. Aquiliâ, ex legato sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis relicto, item ex deposito ob ruinam, incendium, & naufragium) indebitum solutum repeti non posse, manifestò constat *ex §. ult. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. §. sed furti quidem. 26. infr. de actionib. l. ea. quæ. 4. C. de condic. indebit.* Hujusque pronunciati alias rationes assignant Bartol. Bald. Angel. & D. Bocerus in repetitione dictæ l. 4. Duarenus ad d. tit. cap. ult. Arumens Exercitat. Instit. 15. thes. 16. Bachovius in d. §. ult. infr. de obligat. quæ qf. ex contr. nasc. pag. 839. & Hunnius d. lib. 3. tract. 3. pact. 2. quest. 11. pag. 914. Verum, horum opinionationibus omissis, mihi convenientissima videtur ratio, quæ desumitur *ex l. hujus §. 3. ff. de reg. jur.* hæc nimirum: quòd ex his causis, quæ inficiando in lite crescunt, id, quod solvitur, quantumvis in-

debitum, non tam per errorem, quam à sciente, vitandæ scil. pœnæ causa, quæ ex juris dispositione inficiatori imminet, solvi putetur. *Exempli gratiâ*: Qui ex L. Aquilia æstimationem servi occisi solvit, is quamvis solverit indebitum, si ipse non interfecit: tamen hanc etiam ob causam solvit, ut liberaret se à metu ac periculo pœnæ, quam inficiando sive negando in duplum crescere scivit, & in quam incideret, si cum adversario litigaret, atque succumberet. Proinde sive ipse servum interemerit, sive alius: non tamen pecunia soluta apud dominum servi extincti sine causa relinquitur. Ideò enim, ut dictum, solvit; quòd periculo metuque pœnæ dupli, in quam litigando incurere posset, se liberaret. Ast eo metu jam est liberatus: ac propterea causa, ob quam consultò dedit, secuta est: & consequenter solutum condicere non potest. Atque hanc rationem non obscure amplectuntur Cujacius in *Paratitl. Codic. ut. de condic. indeb. Rittershusius hîc pag. 409. Vultejus in §. sequens. 16. num. 47. infr. de actionib. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 15. pag. 272. Pacius in dict. leg. 4. Cod. de condic. indebit. num. 7. hosq. novissimè referens Cludius in Comment. de condic. indeb. cap. 4. n. 78. ubi aliorum rationes ref. lit.*

Prædictis non adversatur *l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad 78 leg. Aquil.* ubi Ulpianus ex Juliani sententia respondit: legis Aquiliæ actionem cessare, si quispiam falsò confiteatur, se hominem occidisse: ac proinde eo nomine indebitè solutum repeti posse. Nam ibi ille, qui falsò confessus est, servum se occidisse, confessionem hanc suam eâ de causa revocare potest: quòd servus occisus non fuit, sed adhuc vixit; *ut ex ipso textu perspicuè liquet.* In nostro autem casu, quo conditionem indebiti cessare dicimus, servus verè, licet non ab illo, qui ejus æstimationem solvit, sed ab alio, fuit occisus. Et hoc casu condicatio indebiti nullatenus competit, *d. l. ea. quæ. 4. C. de condic. indeb. d. §. ult. infr. de obligationib. quæ qf. ex contractib. nasc.* quæ tamen competeret, si servus iste, qui occisus putabatur, à nemine occisus fuisset. Hujusque ratio est: quoniam is, qui ideò solvit, quòd opinetur, se servum interfecisse, duas ob causas solvit: primum quidem, quòd servum interfecit: deinde verò, ut metu pœnæ inficiationis, per quam lis in duplum crescit, se liberet. Quocirca si constat, servum non esse occisum: dare etiam recusat; & per consequens solutum, ex tacita conventionione, si apparuerit, servum non è medio sublatum esse, sed spiritum ducere, ei est restituendum, *arg. d. l. inde Neratius. 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil.*

Similiter non adversatur: naturâ iniquum esse, aliquem cum alterius damno & jactura locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condic. indeb. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. & in omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitatem spectandam esse. l. in omnibus 90. ff. eod. cum universum 80. jus nostrum sit ars æqui & boni, definitor Celsi in l. 1. in pr. ff. de just. & jur.* Ideòque accipientem indebitum teneri ad ejus restitutionem, & solutum repeti posse. Cum enim nostrâ specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum videatur; ut à lite se redimat, duplique pœnam evitet: non est, quòd de iniquitate, vel detrimento conqueratur: cum volenti & scienti nulla iniquitas, aut injuria fiat. *l. 1. §. usq. adeo. ff. de injur. l. cum donationis. 34. C. de transactionibus. c. scienti. 27. de regul. jur. in 6.*

Sic quoque non adversatur: iniquius nihil esse quam si, cum legatum relictum esset; heres tamen existimans, centum (*verbi gratiâ*) esse legata, ea solvit, repetitionem ipsi non dari; præsertim in legatis pietatis intuitu relictis, de quibus hîc agitur: cum Ecclesia, cultrix & auctrix iustitiæ, non patiatur contra iustitiam aliquid fieri in se, vel in alterum. *c. unic. vers. Ecclesia enim, &c. de alienat. feudi. libr. 1. tit. 13. feudor.* itemque iniquius nihil esse, quam si, cum servum tuum non vulnerassem, vulnerasse autem me putarem, & ob id decem solverim, me soluta perdere & repetere non posse. Hæc, inquam, & similia non adversantur. Nam sibi imputare debet solvens, quòd sponte & ultro, & quasi scienter indebitum solvit. Eius quippe voluntate res in accipientem translata intelligitur: adeoque accipiens, interveniente solventis scientiâ & consensu, locu-

locupletior redditur: cui ab initio liberum fuit, nihil solvere, & dubium litis exitum ac pœnam dupli expectare. Nihil igitur hîc rationi & æquitati contrarium statuitur, docente Cludio. c.4.num.81. & seq.

- 83 Porro nihil hîc moror vanas D.Boceri in d. §. ult. infr. de obligat. qua quasi ex contr. nasc. pag. 517. & seq. cavillationes, quibus prædictam verissimam, & à multis præclarissimis Jurisconsultis, me & Bocero longè doctioribus, traditam sententiam pervertere (evertere cum nequeat) conatur. Nunquam enim mihi in mentem venit: quod is, qui ex tali causa, ex qua inficiando lis crescit, indebitum solvit, revera sciens & consultò solvat; siquidem expresse scripserim. num.80. quod in hac specie non per errorem, sed à sciente indebitum solutum videatur: item in num.77. quod à sciente solvi putetur. & in num.82. quasi
- 84 scienter indebitum solverit. An ergo solus Dn. Bocerus ignorat; verbum *videri*, itemque verbum *quasi*, esse notam improprietatis? Aut, si id non ignorat; cur alienum (solo vincendi studio) verbis meis affingit sensum? Equidem lubentissimè admitto exceptionem in d. §. ult. infr. de obligat. qua quasi ex contractu nascunt. d. §. sed furti quidem. 26. infr. de actionib. & d. l. ea, qua. 4. C. de condict. indebit. propositam, itidem intelligendam & declarandam esse de indebito, per errorem soluto: sicut ipsa regula de tali casu loquitur. Ast hoc volo: conditionem indebiti propterea hîc cessare debere: quod quodammodo à sciente solutio facta videatur. Hanc meam mentem quin Dn. Bocerus intellexerit, nullus dubito: tamen frivole ac sine effectu contra eam insurgit: saltem quia videt, à novâ singulari & erronea ipsius opinione me dissentire. Nempe Aristarchus noster non patitur, alios sibi contradicere: sed ejus αὐτὸς ἴσα, statim ut ore excidit, exosculandum &
- 85 adorandum esse putat. Scilicet! Sed lubet hîc referre: quid de novella Dictatoris nostri opinatione, quæ ipsi tantoperè placet, noviter sentiat Dominicus Arumæus. Is d. exercitat. Justin. 15. th. 16. hac de re inter cætera ita scribit: Bocerus novum ausus est dare intellectum; quem neque probo, neque prædictorum textuum sensui congruum existimo, &c. Non ergo ægrè ferat Dn. Collega Bocerus me quandoque ab ipso dissentire: cum videat, & alios non omnia ipsius commenta pro oraculis habere.
- 86 Etsi verò Accursius & Doctores plerique ad hunc §. nostrum, & ad l. eleganter. 23. §. ult. ff. de cond. ind. plures casus (putà causam judicati, l. 1. C. de condict. indebit. jurisjurandi. l. nam posteaquam. 9. §. 1. si actor. 36. ff. de jurejur. §. item si quis postulante. 11. infr. de action. pietatis. l. cum is, qui. 32. §. mulier. ff. de condict. indebit. transactionis. l. in summa. 65. §. 1. ff. d. t. & denique scientiæ. l. indebitum. 9. C. eod.) excipiunt, quibus indebiti per errorem soluti repetitionem cessare existimant: attamen, præter exceptionem superius. n. 77. propositam, nullam aliam recipiendam esse, rectius concluditur. Quod enim quis condemnatus ex causa judicati solvit, maximè debitum solvit: siquidem judicati actio constituta est ad illud exigendum. l. miles. 6. §. ult. ff. de re jud. leg. actori. 8. Codic. de reb. credit.
- 87 Id autem maximè debitum esse constat, quod ab invito exigi potest. leg. deb. 108. ff. de verb. sign. Sic etiam quod ex causa jurisjurandi solutum est, non indebitum, sed debitum solutum est: quia & hîc non minùs actio est ex causa jurisjurandi, quàm ex causa judicati, d. l. actor. 8. Cod. de reb. cred. d. §. item si quis. 11. infr. de action. Pari ratione si mater filiæ nomine dotem dedit, se eo nomine obligatam credens; non omnino indebitum, sed debitum naturale pietatis contemplatione solvit, arg. l. naturales. 10. ff. de oblig. & act. l. naturaliter. 13. ff. de condict. indebit. & similitum allegatarum supra num. 14. Præterea quod ex causa transactionis datur, non ut debitum solvitur: sed datur ob causam futuram, ut à lite discedatur. d. l. in summa. 65. §. 1. ff. de cond. indebit. l. 2. C. eod. Postremò & illud in confello est: eum repetere non posse, qui sciens indebitum solvit. d. l. indebitum. 9. C. d. tit. cum concordantibus supra adductis num. 8. & 45. Sed non magis hoc pertinet ad regulam, quàm superiora: cum regula concepta sit de indebito per errorem soluto. Itaque cum ista omnia tam apertè ad regulam non pertineant: valde stultum & ridiculum est, illa excipere à regula, quæ non solum eâ non conti-

neantur, sed etiam excludantur. Suntque omnino exceptiones similes his: si quis dicat, indebitum solutum repeti posse, nisi sit debitum: aut si quis leget omnes libros, quos habet in bibliotheca, exceptis statuis & imaginibus! quasi scilicet quisquam tam esset stultus, qui putaret, debitum indebiti appellatione, aut statuas appellatione librorum contineri, ut hæc ex prioribus excipi oporteret. Atque hoc ita eleganter declarat Donellus lib. 14. Comment. de jur. civ. 15. pag. 273. quem referunt etiam, & sequuntur Petrus Heigius hic n. 23. & Dn. Collega Bocerus class. 2. disp. 8. thes. 21. edit. 2.

Restat actio, quâ indebitum solutum repeti potest: 88 quæ condictionis actio à Justiniano vocatur, in hoc §. nostro: frequentius condictio indebiti. tot. tit. ff. & C. de condict. indebit. nonnunquam indebiti actio. l. si fidejussor. 29. §. hoc idem. 3. in fin. ff. mandati. l. servus 24. in princ. ff. de actionib. empt. quandoque actio condictionis. l. 1. ad finem. C. de condict. indebit. l. 2. C. de condict. ob causam dator. interdum indebita condictio. l. indebiti soluti. 15. §. 1. in fin. ff. de condict. indebit. & sæpiùs simpliciter condictio. l. 2. in fin. l. ea, qua. 4. & l. seq. C. d. tit. d. l. indebiti. 15. in princ. & §. 1. d. l. si non sortem. 26. §. adeò. 7. cum §. seq. & §. si decem. 13. l. interdum. 29. in fin. l. si in area. 33. l. is, cui. 34. in fin. l. servum meum. 37. l. si is, qui 45. l. dominus. 53. l. ex his omnibus. 54. l. sufficit. 56. l. in summa. 65. §. sed agere 3. & l. seq. ff. eod. Eaque competit non tantum ei, qui solvit indebitum per 89 errorem; sed & heredi ejus: adversus eum, qui in solutum accepit, & ejus heredem, l. si fundi. 12. l. qui heredis. 46. ff. de condict. indebit. l. si à parte. 5. C. eod.

Nec obstat, quod defunctus, qui non repetiit indebitum, donasse videatur, argument. l. cum hic status. 32. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. ac proinde heredi condictio hæc non accomodetur. Nam in dubio nemo donare præsumitur. l. cum de indebito. 25. circa princip. ff. de probationib. & conjunx in d. l. cum hic status. nequaquam donasse, quod non repetiit, sed ejus donationem expresse factam confirmasse censetur.

Nihil quoque movet, quod condictio sit actio in per- 91 sonam: ideoque personam accipientis non egrediatur, nec heres ejus teneatur, argument. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habit. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. c. privilegium. 7. ext. eod. tit. in 6. Heres enim & defunctus pro unâ eademque 92 personâ habentur. Novell. 48. in fine præfationis. idque in omnibus contractibus & obligationibus perpetuum est, ut eadem obligatione teneantur heredes, quâ tenebatur defunctus. Sed vide Clodium uberius hac explicantem in Commentar. de condict. indebit. cap. 5. num. 135. cum aliquot seqq. & cap. 6. numero 1. & 69. cum sequentib. pag. 312.

Sanè haud novum est: ut, quod alius solvit, alius re- 93 petat, l. nec novum. §. 1. cum indebitum. 57. l. tutores. 61. ubique Gothofred. ff. de condict. indebit. & ibidem Duaren. cap. 8. Inde convenienter quæsitum est: an procuratori, qui indebitum solvit pecuniam, & an contra procuratorem, qui indebitum accepit, condictio competat: an verò domino, & contra dominum detur? Et, si dominus ratum non habuerit, procuratori, & adversus procuratorem competere: sin ratihabitio domini intercesserit, ipsi domino, & adversus dominum dari, responsum est. l. si procurator. 6. ff. de condict. indebit. l. si procuratori 14. ff. de condict. caus. data. caus. non secut. Donell. lib. 14. Comment. de jur. civil. capit. 18. pag. 281. & seq. Clud. d. cap. 5. num. 81. cum seqq. & d. capit. num. 16. & seqq. Quod si duo rei, aut reus & fidejussor, qui decem debebant, viginti pariter solverint: Celsus ait, singulos quina repetituros. l. si pœne. 19. §. ult. cum l. seq. ff. de condict. indebit. Si verò non pariter sed diversis temporibus solverint: is qui posterius solvit, indebiti condictionem habet. l. cum duo. 25. l. ult. §. Titius. 2. ff. d. tit. At quid, si quis pro reo, qui indebitum promi- 94 sit per errorem, fidejusserit & solverit: reonè, an fidejussori condictio competet? Et, si rei nomine solverit, reus condicet: sin suo, ipse fidejussor à stipulatore repetet. l. indebitam pecuniam. 47. ff. de condict. indebit. Cuiac. lib. 8. observat. cap. 9. Clud. d. c. num. 94. & seqq. Cæterùm si quis pecuniam indebitè solutam bonâ fide consumpserit, vel casu aliquo perdiderit: adversus eum hanc condictionem

nem non dari, nisi quatenus locupletior invenitur, æquitati consonum putatur. *l. idem est. 3. vers. scilicet quod, §. c. l. nam hoc natura. 14. §. l. hac conditio. 66. ff. de condit. in deb. Iason num. 7. §. Zasius num. 6. in l. indebiti. 25. §. sed §. si nummi. ff. eod. Molin. in tractat. divid. §. individ. part. 2. num. 139.*

95 Petitur autem hac actione condictioni vel id ipsum quod solutum est: vel tantundem, sive ejus æstimatio. *l. quod indebitum. 7. l. in summa. 65. §. in frumento. 6. ff. de condit. in deb. l. si operas. 25. in fine. ff. de prescript. verb. §. c.* Ipsum sanè corpus seu species, quæ data est, petitur, reddique debet, si extet penes accipientem: æstimatio verò reddenda est, si vel species soluta non extet penes accipientem; is tamen ex ejus alienatione factus sit locupletior: vel res, quæ pondere, numero, aut mensurâ constat, soluta sit. *l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. vers. sed hæc inquit. ff. de condit. indebit. l. 2. in princip. §. 1. ff. de reb. credit. l. res in dotem. 42. ff. de jur. dot. Cujac. in Paratit. C. de condit. indebit. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 18. pag. 283. n. 50. ibique Hill ger. in suis notat. lit. D. Bocet. class. 2. Disputat. 3. thes. 25. edit. 2. latè Clud. dict. Commentar. de condit. indebit. cap. 7. num. 17. §. seqq. pag. 324.* Quod si quis ad res duas disjunctim obligatus, putà Titium vel viginti, utrumque per errorem solvat: in arbitrio ipsius solvèntis est, utrum repetere velit. *l. penult. Cod. de condit. indebit.* Quemadmodum, qui hominem generaliter promissit? Stichum autem, existimans eum se promississe, præstet: Stichum repetere, & alium quemlibet dare poterit, teste *Iuliano in l. cum is, qui Pamphilum. 32. §. ult. ff. eod. tit. D. Bocet. d. Disputat. 8. thes. 26. Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 2. quæst. 10. pag. 912. §. seq. Linglois d. decis. Justin. 10. quæst. 2. §. 3. fol. 105.*

96 Cui non reclamatur Celsus in *l. si is, cui legatus. 19. ff. de leg. 2. ubi ait solvendi Stichum, cum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, repetitionem nequaquam competere. Nam (non attentis variis aliorum solutionibus, Bartoli, Baldi, Iasonis & Fulgosi in dict. leg. cum is. 32. §. ult. ff. de condit. indebit. nec non Cuiacii libr. 8. observation. cap. 35.) rectius nonnulli respondent: sententiam Juliani in contractibus; Celsi verò in ultimis voluntatibus obtinere & quod hoc casu ex contractibus indebitè solutum est, posse repeti: quod autem ex ultimis voluntatibus, non æquè: idque specialiter favore ultimarum voluntatum receptum esse. Quamvis enim regulariter aliàs in alternativis promissoris sive debitoris aut rei electio sit. *l. plerumque. 10. §. ult. ff. de jure dot. l. 2. §. Scævola. 3. ff. de eo, quod cert. loc. l. ubi autem non apparet. 75. §. qui illud aut illud. 8. ff. de verb. oblig. Cap. in alternat. 70. de reg. jur. in 6. in ultimis tamen voluntatibus ad eum, qui creditoris vicem sustinet, electio spectat. Unde jura nostra legatario, qui creditoris loco esse censetur, electionem concedunt, quando illi generaliter, vel sub alternatione aliquid legatum fuerit. §. si generaliter. 22. supr. de legat. l. planè. 34. §. penult. l. legato. 37. in princip. ff. de legat. 1. §. l. Lucio Titio. 23. ff. de legat. 2. Alciat. in l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Robertus libr. 1. sentent. jur. cap. 9 Costalius in l. si pœna. 19. §. ult. ff. de condit. indebit. Pacius in d. l. penult. C. eod. §. cent. 4. in artio Pavov. quæst. 7. hosque laudans Cludius d. Comment. de cond. indebit. c. 3. n. 78. §. seqq. Linglois d. decis. 10. quæst. 4. num. 10. §. seq.**

98 Similiter illi, quod ex *d. l. penult. C. de condit. indebit.* notatum est, in alternativis debitori, qui utrumque & Titium & viginti per errorem solvit, electionem repetendi permitti, non obloquitur textus in *l. si non sortem. 26. §. si decem. 13. in fine. ff. d. tit. ubi utroque simul soluto, & quinque & Stichum, in debitoris voluntate positum non est, repetere utrum velit: sed in creditoris arbitrio consistit, vel quinque retinere, vel Stichum; & vel quinque restituere, vel servum Stichum. Respondetur enim: sententias veterum Jurisconsultorum hac de re olim variasse. Ulpianus siquidem, Celsus & Marcellus voluerunt: debitori, utroque soluto, electionem amplius non concedendam; sed creditoris, qui accepit, arbitrio permittendum, reddere utrum velit. *d. l. si non sortem. 26. §. si decem. 13. ff. eod.* Papinianus verò, & Julianus contrarium affirmarunt debitori videlicet electionem dandam esse repe-*

tendi, quod velit, non creditori electionem restituendi. *dict. leg. penultim. C. eod. tit.* Atque hanc posteriorem sententiam, rejectâ Ulpiani & aliorum opinione, Justinianus approbavit; adeoque postremam partem *dict. §. decem in dict. l. si non sortem.* correxit, per *dict. l. pen. C. eod.* sicuti non insulse, post *Accursum ibidem, Cujacium d. lib. 8. observat. cap. 35. Borcholten in Commentar. de compensationibus c. 1. n. 47. cum seqq. §. Duarenum ad tit. ff. de cond. indebit. cap. 9.* annotavit novissimè Cludius *dict. cap. 3. num. 66.*

Non item refragatur *l. planè si duos. 11. ff. de condit. indebit.* ubi in alternativis repetitio & electio non debitori, sed potius creditori datur. Multum namque interest, utrum duo, qui illud aut illud debuerunt, pariter ambo utrumque solvant, an verò unus, qui idem debuit, solus solvat utrumque. Cum unus solvit utrumque, quod disjunctim debuit, is ut electionem dandi antè habuit: ita & post solutionem electionem, utrum velit, petendi habet, & potest etiam habere: quia duæ res ab eo disjunctim debitæ electionem hanc admittunt, *dict. leg. penultim. C. eod.* At cum duo duas res eodem modo debuerunt, & singuli unam solverunt, id est, ambo pariter utramque: non possumus singulis electionem dare, utram petant; cum singuli unam à se solutam repetant; manifestum sit autem, in unam rem, quæ à singulis petatur, electionem non cadere: sic fit, ut hoc casu, electione petendi singulis ademptâ, soli creditori, quid reddat, & cui reddat, electio relinquatur. *d. l. planè. 21. ff. eod. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. c. 18. pag. 275. num. 30. Idq. copiosius explanat Cludius dict. cap. 3. num. 80. cum aliquot sequentibus ubi & aliis objectionibus respondet.*

Porro cum indebiti conditio naturalis sit (non aliam ob causam sic dicta, quàm quod naturæ, id est, boni & æqui regulâ utitur ad res exigendas, quas in rebus nostris, quæ sine causa ad alium pervenerunt, præstari æquum est, *argum. l. nam hoc natura. 14. §. l. penult. de condit. indebit.*) ideo etiam, quod rei solutæ accessit, ut fructus fundi, ancillarum partus, pecorum fœtus, item merces habitationis, in illam venit. *l. indebiti. 15. in princip. §. l. in summa. 65. §. ei, qui indebitum. 5. cum §. seqq. ff. d. tit. §. ibidem in Paratit. Wesenbec. num. ult. Donell. d. cap. 18. pag. 286.* Nec obstat, accipientem lucrari debere fructus consumptos: cum habeat titulum pro soluto, itemque bonam fidem: siquidem ignoranter acceperit, *arg. §. si quis à non domino. 25. supr. de rer. divis.* Nam fructus consumptos tum demum lucratur, quando ex titulo debitum verum resultat. *l. fructus. 33. ff. de rei vindicat.* Aliter se res habet, quando debitum falsum est, ut hîc *§. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condit. indebit. Clud. d. Comment. de condit. indebit. cap. 7. num. 80. pag. 340.*

Quæri hoc loco opportunè solet: an judex, qui reum probationibus id ipsum exigentibus, ad redditionem pecuniæ, indebitè acceptæ, condemnat, simul eundem in usuras condemnare possit? Et non posse, satis expressè decidit Imp. Antoninus *l. 1. vers. usuras autem C. de cond. ind.* ubi hanc addit rationem: *quia actione condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.* Obligatio quippe hîc non nascitur, nisi quatenus res data reperitur. *l. si tibi decem. 17. in princip. ff. de pactis.* Usuræ autem datæ non sunt: proindeque actione hac repeti non possunt. Eodem facit textus in *l. quotiens. 4. ff. de cond. ob turpem caus.* Et eâ de re vide fusiùs dissertantem Cludium *predicto comment. de condit. indebit. cap. 10. num. 59. §. multis subsequ.*

Quæri item solet de eo: nunquid, si huic actioni renunciatum sit, nihilominus ea intentari possit? Et multi quidem autumant; renunciationem specialem indebiti condictionem impedire, non item generalem. *Fulgosius & Costalius in l. ultim. §. idem quæsit. 3. ff. de condit. indebit. Aretinus in l. si quis cum aliter. 36. col. ultim. ff. de verb. obligat. Alexand. consil. 42. num. 8. vol. 1. Imol. in c. cum contingat. num. 54. ext. de jurejur. §. in c. penultim. num. 16. de empt. & vend. Covarruv. lib. 2. variar. resolut. cap. 4. num. 4. hosq. referens Cludius dict. Commentar. cap. 5. num. 19. Quibus addatur Richter in tract. de*

de contractibus. disput. 3. th. 14. ad lit. c. pag. 87. Verum neque generalem, neque specialem renunciationem ob stare, quo minus indebiti conditio possit à renunciante intentari, & receptius videtur & probabilius: tum per textum evidentem in d. l. ult. §. idem quasi. ff. de condit. indebit. tum quia idem error est in utraque renunciatione, qui est in principali solutione; & sicuti per errorem indebitè solvitur; ita & indebitè renunciatur: ac proinde error iste renuncianti non præjudicat, *argum. l. doli exceptio.*

105 19. vers. *diversum est.* ff. de novationib. tum quia errantis nullus planè est consensus. l. si per error. 1 §. ff. de iurisd. tum

106 denique quia nemo intelligitur renunciare juri suo, quod vel ignorat sibi competere, vel dubitat, *argum. l. mater decedens. 19. in princ. ff. de inoffic. testament. & l. in repudianda. 23. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Atque ita tradiderunt Bartolus, Paulus de Castro, & ceteri in d. l. ult. §. quasi. ff. de condit. indebit. Iacob. Butr. Guiljelm. de Cuneo, Albericus de Rosat. & Iason in l. 1. ff. eod. ibidemq. Duarenus cap. ult. vers. *alia questio est de renunciat.* & c. nec non Hiliger in Donello enucleato, lib. 14. c. 18. ad lit. a. ubi & alios citat.

107 Postremò & illud quæri assolet: an hæc condititia actio cum rei vindicatione concurrat? Sed haud dubium est, non concurrere. Is enim, qui solvit, transfert dominium rei solutæ in alium, licet per errorem solvat. *leg. dominus. §. 3. ff. de condit. indebit.* ubi à Proculo distinguitur: an dominium translatum sit in accipientem, cui jam solutio facta est, an non sit: ut, si dominium translatum sit; quoniam scilicet soluta res est ab eo, qui potestatem ejus alienandæ habebat; cesset rei vindicatio, & competat conditio. Si autem dominium translatum non sit; quia is, qui solvit, mansit dominus; competat rei vindicatio. Is, siquidem, qui experitur actione in rem, contendit se dominum esse. l. in rem. 23. ff. de rei vindicat. Qui verò experitur condictione indebiti, petit dominium in se transferri: quæ utique repugantia esse, nemo non animadvertit, docente Duareno in Commentar. ad d. tit. de condit. indebit. cap. ult. in fine.

§. Item is. 2.

Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commendatur, re obligatur: & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat. Namque non ita res datur, ut ejus fiat: & ob id de eâ re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit: veluti incendio, ruinâ, naufragio, aut latronum hostiumvè incursum: nihilominus obligatus remanet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit, ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est; si modò alius diligentior poterat eam rem custodire: sed propter majorem vim, majoresvè casus, non tenetur; si modò non ipsius culpâ is casus intervenit. Alioqui si id, quod tibi commodatum est domi, peregrè tecum ferre malueris, & vel incursum hostium prædonumvè, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituendâ eâ re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur; si nullâ mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est. Alioqui mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

S U M M A R I A.

- 1 Commodatum unde derivetur.
- 2 Commodati definitio.

- 3 Commodatum est contractus realis.
- 4 Commodatum in quo differat à locatione.
- 5 Commodatum quomodo differat à deposito, pignore, & mutuo.
- 6 Commodatum & precarium in quibus differant.
- 7 Commodatum in quo distinguatur à mutuo.
- 8 Commodatum contrahere qui possint.
- 9 Impuberes sine tutore suo commodare alii res suas nequeunt.
- 10 Impubes & furiosus commodatum accipientes, quâ actione teneantur.
- 11 Quod de impubere statuitur; idem de pubere minore, itemq. prodigo, sine curatoris sui consensu commodatum contrahere, intelligendum.
- 12 An, si libero homini, mihi bonâ fide servienti, quasi servo, rem commodavero, commodatum consistat.
- 13 Qua res in commodatum cadant.
- 14 Ecquid res aliena commodentur.
- 15 Qua res in hunc commodati contractum non veniant.
- 16 Commodati contrahendi modus vel substantialis, vel accidentalis.
- 17 Mens & intellectus l. rem mihi, 21. §. 1. ff. commodati.
- 18 Explicatio Novell. 99. cap. 1. & auth. hoc ita. Cod. de duob. reis stipul.
- 19 Qua pacta adjici possint commodato.
- 20 Ex commodati contractu qua obligatio nascatur.
- 21 Directa commodati obligatio qua.
- 22 Ut contractus obligationem; ita obligatio actionem parit.
- 23 Commodatarius quam culpam præstare teneatur.
- 24 Sensus & lectio hujus §. 2.
- 25 Verba pro subjectâ materiâ sunt accipienda.
- 26 Articuli (sanè & planè) gradum addunt.
- 27 Intellectus l. si, ut certo. §. §. custodiam. §. ff. commodati.
- 28 Quod uni lege deest, ex alia supplendum est.
- 29 Consideratio l. 3. ff. de peric. & commod. rei vend.
- 30 Similitudo & dissimilitudo inter commodatum & precarium.
- 31 Quando dolus, lata & levis duntaxat culpa, in commodato præstetur.
- 32 Quando dolus tantum, & lata culpa.
- 33 De casu fortuito non tenetur commodatarius.
- 34 Quibus casibus etiam casus fortuitus præstetur in commodato.
- 35 Num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur.
- 36 Omnium pactorum fides servanda.
- 37 Tantum valet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum.
- 38 Summa l. si quis domum. 9. §. 2. ff. locati.
- 39 Summa l. qua fortuitis. 6. C. de pignor. act.
- 40 Sententia l. juris gentium. 7. §. 15. ff. de pact. & l. 1. & Aristoni. 30. ff. mandati.
- 41 Sententia l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.
- 42 Summa l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor. & curat.
- 43 Dicitio (periculi) quam significationem recipiat.
- 44 Intellectus l. negotium. 22. Cod. de negot. gest. & l. 1. Cod. de positi.
- 45 Declaratio l. sed & si quis. 4. §. 4. ff. si quis cautionib. & c.
- 46 Expositio l. 1. C. de commodato.
- 47 Leges Codicis semper sunt restringenda ad casum propositum.
- 48 Utrum commodatarius, si rem per nuncium remiserit, re peremptâ, liberetur.
- 49 Quando commodatarius extra culpam esse censeatur.
- 50 Commodatarius eandem speciem tempestivè, & tempore loco opportuno, commodatori restituere tenetur.
- 51 An compensatio in commodato habeat locum.
- 52 Summa l. ult. C. de commodato.
- 53 Compensatio tantum in quantitativis, non in speciebus, præcedit.
- 54 Sententia l. creditoris. 15. §. ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furs.
- 55 Intellectus l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commod.
- 56 Sententia l. ult. C. de compensationib. & §. in bona fidei. 30. Inst. de actionib.
- 57 In commodato non solum ipsa res principalis, sed & ejus accessio restitui debet.
- 58 An, sicuti ob dolum, ita etiam ob latam culpam commodatarii, siue cujuscunq. Rei, rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur.
- 59 Lata culpa non solum dolo comparatur, sed & dolus appellatur.
- 60 Sententia l. in actionibus. 5. §. 3. ff. de in lit. jurand.
- 61 Dictiones taxativa (tantum, solum, duntaxat, & c.) casus similes non excludunt.
- 62 Quatenus dolus in delictis ad latam culpam non producat.
- 63 Cujus temporis æstimatio rei commodata in judicio fieri debet.
- 64 Sensus & explicatio l. vinum 22. ff. de reb. cred. & l. ult. ff. de condit. tritic.
- 65 Directa commodati actio cum quibus actionibus concurrat, & cui, & adversus quem competat.
- 66 Commodator ad quas præstationes commodatario adstringatur.

- 67 Si quispiam ad certum usum & præfinitum tempus rem commodet : an finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario repetere possit.
- 68 Commodator damnum, quod per causam commodati contigit, commodatario reſarcire tenetur.
- 69 Quas impenſas commodatario refundere commodator necesse habeat.
- 70 Contraria commodati actio cui, & contra quem datur.
- 71 Contraria ista actio cur sic dicta.
- 72 Directa commodati actionis formula.
- 73 Contraria actionis forma.
- 74 Si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei iudicium ad rem illam recuperandam competat.
- 75 Furti actio quibus accomodetur, & quid perſequatur.
- 76 Quando actionibus in factum, officio iudicis, &c. locus relinquatur.
- 77 Conditio incerti, itemq; condictio ex iniusta causa, commodatario adversus furem conceditur.
- 78 Opinio Boceri, iudicis officium nobile hoc casu habere locum putantis, refellitur.
- 79 Intellectus l. interdum, §. 6. §. 1. ff. de furt.

TERTIA species obligationis, quæ re contrahitur, est commodatum; à commodandi verbo derivatum: quod generaliter, latè & improprie significat, inservire alicuius commodis, vel alicui quoquo modo prodesse: ita ut etiam pro mutuum dare. l. fin. C. de his, qui ex publicis rationibus mutuum pecuniam acceperunt. & contra mutuare pro commodare ponatur. l. item legato. 49. §. 2. ff. de legat. 3. l. quasitum. 12. §. si quis. 14. ff. de instructo, vel instrument. leg. Mantica, de pac. & amb. convent. lib. 9. tit. 1. num. 1. Ast in specie, sive proprie & strictè, ut hic, rem aliquam gratis ad certum usum utendam concedere designat: & huius respectu non inconcinne dicitur commodatum, quasi cum modo, id est, certâ formâ utendi datum: ut tradiderunt VVeſenbecius in Paratitl. ff. hoc tit. num. 2. ibidemque Duaren. cap. 1. Connan. lib. 7. Comment. jur. civil. c. 3. num. 1. Oldendorp. class. 4. act. 1. §. in princ. Hilfinger in Donell. enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. A. Dn. Obrecht.

2 Disput. 13. thes. 2. & seqq. Definatur itaque commodatum haud ineptè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis, certum ad usum, eâ lege conceditur; ut eadem ipsa in specie, finito usu, restituatur. Vide Althusium lib. 1. Dicaelog. cap. 69. num. 2. pag. 240. & Knipschildt exercitat. Acad. 3. th. §. p. 90. Commodatum esse contractum, re initum, nominatum, juris gentium, bonæque fidei, liquescit ex l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. geritur enim. ff. commodati, hoc §. nostro. in verb. re obligatur. item §. actionum autem. 28. infr. de actionib. l. 1. §. is quoq; 3. ff. de obligat. & act. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. Dixi in definitione, quo res: quia hic contractus non oritur, nisi res interveniat; sive ea mobilis sit, ut vestis; sive movens, ut equus; sive immobilis, ut fundus. l. 1. §. 1. ff. commodati. & latius explicabitur infra num. 13. Dixi quoq; gratis, per hunc §. nostrum. in fine. l. si, ut certo. §. §. rem tibi 12. ff. commodati. leg. si gratuitam. 17. §. si cum unum. 3. ff. de præscript. verb. Eaque notâ distinguitur commodatum à locatione & conductione. Tamen enim in locatione æquè, ac in commodato, res utenda conceditur: commodatum tamen gratuitum est: in locatione verò merces pro usu rei intervenit, initio tit. Inst. de locat. & conduct. l. 2. in princ. ff. locati. Timaus Faber disput. 22. ad Instit. Imperial. th. 10. lit. b. Dixi item, certum ad usum, arg. huius §. & d. l. 1. §. & ille quidem. 4. ff. de obligat. & act. Atque istis verbis commodatum discriminatur à deposito, & pignore, itemque mutuo. Nam si creditor pignore, & depositarius re depositâ usi fuerint, furtum committunt. §. furtum autem sit. 6. vers. itaq; sive creditor. infr. de oblig. qua ex del. nasc. Similiter in mutuo res non ad usum, sed potius ad absum datur. Res etenim, quæ mutuo datur, talis esse debet, ut usu consumatur, velut constat ex princ. huius tit. l. 2. §. 1. ff. de reb. cred. & d. l. 1. §. 2. ff. de obl. & act. contra quæ commodatur, talis esse debet, ut usu non consumatur. Neque enim potest commodari id, quod usu consumitur; nisi fortè ad pompam vel ostentationem (dicis gratiâ, hoc est, perfunctoriè tantum, arg. l. 1. §. excusantur. 34. ff. ad SC. Silanian. vel ditis gratiâ, i. e. ad ostentandas divitias arg. l. si ego. 18. in fin. ff. de reb. cred.) quis accipiat, inquit Ulp. in l. 3.

§. ult. ff. commodati. Usus quippe abusus contrarius est. 6 Duar. d. c. 1. circa medium Osterman. in suis rationalib. hic pag. 67. Sed & iisdem verbis commodatum secernitur à precario, quod commodato est simillimum. l. 1. §. fin. ff. de precario: quia utroque usus rei gratis conceditur: & utrumque ad liberalitatem & beneficium magis, quàm ad negocium contractum pertinere videtur. l. interdictum. 14. ff. de precar. d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod. Differunt tamen cum aliis in rebus, tum hac maximè: quod commodatum certum utendi modum, certumque finem accipienti præscribit; quem transgredi commodatario non est licitum. d. l. si, ut certo. §. §. quinimo. & dict. l. 17. §. sicut. ff. eod. Sed precarium neque certum utendi tempus, neque certum modum præfinit: proindeque pro arbitrio concedentis revocari potest. d. l. 1. §. 2. ff. de precar. Vultejus hic n. 7. & seqq. Mynſinger. n. 3. Borcholt. n. 7. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civil. cap. 2. pag. 218. num. 50. Petr. Gregor. in syntagm. juris univers. lib. 2. 3. cap. 1. num. 8. Althus. d. lib. 1. Dicaelog. cap. 69. num. 11. cum seqq. pag. 241. Andr. Gerhard. d. decad. 13. quaest. 1. Oleman. ad Disp. 25. Giphani num. 4. Fomannus Disp. 20. thes. 4. ad lit. b. Arnoldus Vinnius lib. 2. Iurisprud. contracte. cap. 24. pag. 73. Martin. Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quaest. 15. n. 1. pag. 683. & Höfflichius progymnasmat. decuria 6. posit. 3. lit. A. Licet aliter sentiat Nicolaus Bellonus lib. 2. supputat. ion. jur. cap. 13. num. 2. Dixi denique, eadem ipsa in specie restituatur. Quâ notâ rursus commodatum distinguitur à mutuo; in quo non redditur eadem species, sed idem genus, ut diximus supra initio huius tit. dict. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de reb. credit. Stuck. part. 1. exercit. Justin. decad. 10. assert. 4. lit. b. Et quidem res non deterior est restituenda: siquidem proprie haud reddita dicitur, quæ deterior redditur. l. 3. §. 1. §. l. in rebus. 18. §. 1. ff. commodati. Timaus Faber d. disp. 22. th. 10. ad lit. d.

Contrahere autem commodatum queunt omnes, qui 8 consentire possunt l. 1. §. convent. ff. de pact. leg. in omnibus. §. §. ff. de obligat. & act. leg. in negociis. §. ff. de regul. jur. In personâ igitur furiosi & infantis commodatum non consistit, l. 2. ff. commodat. leg. furiosi. 40. ff. de regul. jur. §. sed quod diximus. 10. supr. de inutil. stipulat. Surdum verò commodatum contrahere posse, non dubium est, leg. in quibuscumq; 48. ff. de obligat. & action. Et sanè in primis puberes, ut sui juris, sic & filii familias hunc contractum celebrare possunt. leg. 1. §. fin. ff. commodat. l. filius famil. 39. ff. de obligationib. & actionib. Etenim impuberes sine tutoris sui auctoritate commodare alii res suas nequeunt, leg. obligari. 9. in princip. & §. 1. & 2. ff. de auctorit. & consens. tutor. leg. obligari 43. ff. de obligationib. & actionib. initio tit. 9 suprâ, de auctorit. tutor. ubi id explicui fusius num. 4. & seqq. nec ipsi, si absque tutore commodatum accipiant, obligantur: nisi quatenus locupletiores facti fuerint. dict. leg. 1. §. ult. & l. 3. in princip. ff. commodat. leg. pupillus §. in princip. ff. de auctoritat. & consens. tutor. Tamen de re com- 10 modatâ restituendâ ad exhibendum actione, & rei vindicatione teneantur, ut & furiosus. leg. 2. ff. commodati. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Huiusque ratio est perspicua: quia valde iniquum esset; eum, qui tenet rem alienam, nullâ actione teneri: propterea quod is justæ ætatis non sit, vel non sit sanæ mentis. Ratio autem, cur actione ad exhibendum magis, quàm actione commodati teneantur furiosus & impubes, hæc est: quoniam iudicio consensuque carent: & tunc obligantur, cum ex re obligatio venit, id est: ex facto aliquo, in quo non est necessarium iudicium pupilli vel furiosi. dict. leg. furiosus. 46. ff. de obligationib. & actionib. Duaren. ad tu. ff. & Cod. de commodat. cap. 7. Cæterum quod de 11 impubere, absque tutoris auctoritate commodatum contrahente, jam dictum est: id etiam de pubere minore, itemque prodigo, sine curatoris sui consensu contractum commodati ineunte, exaudientum est, leg. si curatorem. 3. Codic. de in integr. restitut. minor. l. 1. & 2. Codic. si advers. credit. l. is, cui bonis. 6. ff. de verbor. obligation. dict. leg. furiosus. 40. ff. de regul. jur. D. Coll. ga Bocer. hic num. 16. pag. 180. & class. 2. Disput. 10. thes. §. edit. 2. Si libero homini, qui mihi bonâ fide serviebat, quasi servo, rem commodavero, an commodatum consistat, ambigitur?

¹² Sed distinctione res expedienda est. Aut enim liber ille homo ignarus fuit suæ conditionis: aut non. Priori casu commodatum non consistit: sed ad innominati contractus naturam quam proximè accedit. Posteriori verò casu vires obtinet, *leg. is, qui commodatum*, 13. §. 2. ff. *commodat. junctâ leg. liber*, 19. in fine. & *leg. homo liber*, 54. in princip. juncto §. 1. ff. *de acquir. rer. domin.* & *leg. liber homo*, 118. in princip. ff. *de verbor. obligat.* D. Bocer. d. *Disput.* 10. thes. 6.

¹³ Res, quæ in commodatum cadunt, sunt non solum mobiles, sed & immobiles, non tantum corporales, verum etiam incorporales. Unde & habitationem commodari posse, Vivianus asserit. *l. 1. §. 1. ff. commodat.* quanquam de eo Ulpianus subdubitet. *l. si gratuitam*, 17. in pr. ff. *de præscript. verb.* Sed & servitutes ad certum tempus concessæ alicui commodabuntur, vel potius accommodabuntur, id est, aptabuntur usui alicujus, permittendo alicui illis uti, tradente Petro Gregorio Tholosan. in *syntag. jur. univers. d.*

¹⁴ *lib. 23. cap. 1. num. 2.* Commodantur quoque res tam alienæ, quam propriæ. *l. commodat.* ita ut fur, sive prædo (siquidem dominii translatio ad hanc obligationem contrahendam necessaria non est. *leg. rei commodata*, 8. & *l. seq. ff. d. tit.*) commodare possit. *l. ita ut*, 16. ff. *eod. tit. l. non ab judice*, 64. in princip. ff. *de judiciis.* sed alii, quam rei domino, argumento *l. bona fides*, 31. §. 1. *vers. si tamen ignorans.* ff. *de positi.* Duaren. ad tit. ff. *Codic. de commodato*, cap. 2. Eæ tamen res, quæ usu consumuntur, veluti pecunia numerata, oleum, frumentum, &c. in hunc contractum non veniunt: nisi fortè (ut jam supra dictum num. 5) ad pompam vel ostentationem commodentur, ut dicis gratiâ numerationis loco intercedant, & simulatâ ista numeratione absolutâ restituantur. *l. 3. in fine.* & *l. 4. ff. commodat.* five (veluti ex glossis veterum Græcorum ad *d. l. 4. ff. d. tit.* interpretatur

¹⁵ Cujacius *lib. 10. observat.* 37.) ut satisfiat solennitatibus juris; quemadmodum in mancipationibus interveniebat tertius unus, dicis tantum gratiâ: sive ut dicere quis posset, se numerasse, perfuntoriè scilicet & simulatè, non seriò & verè: ut rectè docuit Duaren. d. cap. 2. in fin. & *lib. 1. Disputat. annivers. cap. 47. cumque referens Heigius hic num. 9.* & *Coras. lib. 4. miscellan. jur. civil. cap. 8. num. 6.* quamvis hic ibidem & alias expositiones recenscat. num. 2. & seqq.

¹⁶ Commodatum contrahendi forma sive modus, vel substantialis censetur, vel accidentalis, docente D. Collega Bocer. *class. 2. Disputat. 9. thes. 10. edit. 2. & in hoc §. num. 24. pag. 180.* Substantialis quidem quod res commodatur gratis ad certum aliquem usum, hoc §. nostro. in fin. *leg. si, ut certo*, 5. §. *rem tibi*, 12. ff. *commodat. l. si gratuitam*, 17. §. *si cum unum*, 3. ff. *de præscript. verb. l. 1. §. & ille quidem*, 4. ff. *de obligationibus & actionibus.* Accidentaliter verò; quod res quandoque commodatur pluribus: qui singuli, si species commodata sit, in solidum obligantur. *d. l. si, ut certo*, 5. §. *ult. ff. commodat. l. si duo heredes*, 22. ff. *de positi.* Hæc enim natura est correorum, ut singuli in solidum, & æquè principaliter obligentur, nullaque prorsus sit obligationis discrepantia. *l. 2. l. 3. §. 1. & passim. ff. de duob. reis constituend.* Knipschild. exercitat. Acad. 3. quæst. 4. pag. 100.

¹⁷ Cui non obstat textus in *l. rem mihi*, 21. §. 1. ff. *commodati.* ubi Africanus respondit: si quis duobus vasa quædam communi periculo commodaverit, & ea culpâ ipsorum surrepta sint, habiturum commodatorem actionem adversus eos pro cujusque parte; hoc est non adversus singulos in solidum, quamvis commune periculum fuerit. Nam ibi commodator non singulorum commodatariorum fidem in solidum secutus erat, sed amborum simul, qui conjunctim illorum in se vasorum periculum receperant. Hotoman. *illustr. quæst.* 19. post medium. Cujac. in tract. ad African. 8. in explicatione dictæ *l. rem mihi*, 21. §. 1. D. Bocer. hic num. 34. Vel in specie istius legis convenerat, ut divideretur periculum inter commodatarios: quia proponitur, vasa utenda communi periculo data esse. Ubi autem non apparet, hoc actum esse, in solidum tenentur. Duaren. ad tit. ff. & *C. de commodato*, cap. 8. in fine. Iul. Pac. cent. 4. in *avrtio pavon. quæst.* 42. Rober. *Disput.* 14. thes. 8.

¹⁸ Similiter non adversatur Novell. 99. cap. 1. & Auth. hic

ita C. de duob. reis stipulandi, ubi deciditur, quod hodie duo correi debendi pro virilibus tantum portionibus conveniri debeant, non in solidum: nisi alter aut absens sit tempore judicii accepti, aut inops, aut renunciatum sit beneficio novæ constitutionis. Etenim Novella ista nequaquam abrogat, quod duo rei in solidum exigi & conveniri possint: siquidem de his duntaxat agit reis, qui vice mutua fidejusserunt. Ita quippe inscriptio Novellæ habet: *ἑκαταμνηστῶν*, id est, de duobus reis, qui vice mutuâ fidejussores accepti sunt. Sententia igitur Novellæ illius hæc est: Duo rei promittendi constituti sunt, ita ut singuli in solidum tenerentur: atque adjectum est; ut vice mutuâ fidejussores existerent; ut alter pro altero fidejuberet. (Non videntur autem vice mutuâ fidejussisse, nisi id nominatim sit actum. *l. reo*, 11. ff. *de duob. reis constituend.*) Hoc casu Imp. Justinianus constituit; ut, si omnes solvendo & præsentés sint, habeant beneficium divisionis, hoc est, ut quilibet pro portione virili, non in solidum, obligetur. Ergo si simpliciter sine fidejussione duo rei sunt constituti: quilibet in solidum potest conveniri: nec reo convento licet allegare divisionis beneficium, quod non reis, sed fidejussoribus datur. Idque latius exponunt. Cujacius ad dict. Novell. 99. Bronchorst. centur. 4. in *avrtio pavon.* assert. 51. Costal. ad *l. vir uxori*, 17. ff. *ad senatusconsult. Vellejan.* Paulus Berens *Disputat.* 9. them. 2. q. 4. Arumans *Exerc. Justin.* 13. thes. 9. D. Bocer. hic n. 35. & seq. p. 182.

Accidentalis quoque contrahendi commodatum modus est; quod interdum ipsi commodato pactum aliquod adjicitur, puta de re commodatâ certo loco vel tempore reddenda. *l. si, ut certo*, 5. in princip. ff. *commodat.* & tot. tit. ff. *de eo, quod certo*, &c. item de non præstandâ à commodatario culpâ, vel de præstando etiam casu fortuito. *leg. contractus*, 23. *vers. sed hac ita* ff. *de regul. jur.* Sed pactum, quo cavetur, ne futurus dolus præstetur, utpote bonis moribus è diametro contrarium, nec in hoc, nec in alio contractu valere potest. *leg. in commodato*, in princip. ff. *commodat. l. 1. §. illud*, 7. ff. *de deposit. l. si unus*, 27. §. *illud*, 3. ff. *de pact. dict. l. contractus*, 23. *vers. excepto eo* ff. *de regul. jur.*

Nascitur ex hoc contractu duplex obligatio: directa five principalis, & contraria, *d. l. in commodato*, 17. §. 1. & *leg. seq. §. ultim. ff. commodat.* Directa commodati obligatio est, qua commodatori quid præstare commodatarius tenetur. *l. in rebus*, 18. §. *ult. ff. eod.* Eamque duo afficiunt: 21 debitum, quod commodatarius præstare commodatori astrictus est: & actio, quâ debitum illud commodator persequi potest. Ut enim ipse contractus obligationem; sic obligatio actionem parit. *l. licet*, 42. §. *ea obligatio*, 2. ff. *de procuratorib.* Obligatio autem spectat debitum aliquod, 22 five rem; quam, qui obligatus est, præstare alteri compellitur, *argument. principii. supr. de obligationib.* & *l. obligationum*, 3. in princip. ff. *de obligat. & actionib.* D. Bocer. *class. 2. Disputat. 9. thes. 11. ad lit. C. edit. 2.* Cæterum debitum istud continetur duabus partibus: curâ videlicet rei commodatæ, & tempestivâ rei ejusdem restitutione. Donnell. *lib. 14. Comment. de jur. civil. cap. 3. pag. 221. num. 10.* Cura in eo consistit: ne commodatarius dolo, vel culpâ sua committat, ut res commodata pereat, aut deterior fiat. Et quia commodatum plerumque concernit solam utilitatem commodatarii, *d. l. si, ut certo*, 5. §. *nunc videndum*, 2. ff. *commodati.* idcirco ipse exactissimam custodiendæ rei commodatæ diligentiam; adeoque præter dolum & latam culpam, etiam culpam levem & levissimam præstare cogitur. *d. l. §. 2. in fine, ibi, diligentiam.* & *d. l. in rebus*, 18. in princip. *ibi, diligentissimus* ff. *d. tit. l. 1. §. & ille quidem*, 4. *ibi, exactissimam* ff. *de oblig. & actionib. d. l. contractus*, 23. *ubi Petrus Fab. Cujac. & D. Bocer. cap. 4. n. 6.* item Delrio cap. 8. ff. *de regul. jur. Constant. Hermenop. lib. 6. Epitom. tit. 2. Wesenb. n. 4. Hotoman. enunciat. 5. Borcholt. num. 4. Heigius n. 36. Ricciard. n. 46. Bachovius n. 5. p. 737.* & alii in hoc §. nostro. Pacius in *Epitom. jur. Disp.* 12. th. 16. Rober. *Disputat.* 14. thes. 9. Schickhard. *Disputat.* 12. thes. 5. lit. c. & *resolut. quæst.* 3. Hænon. *disp.* 13. *controv.* 8. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 29. Paulus Berens *Disput.* 9. them. 2. qu. 3. Giphani. *disp.* 25. ad *Instit. th. 7. ibique Olemann. in suis not. num. 7.* & Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 3. quæst. 3. pag. 935.*

- 24 Non resistit huic sententiæ, quod in hoc §. nostro dicitur: eum, qui utendum accepit, exactam diligentiam præstare juberi. Tum quia pro voce *exactam*, legendum esse *exactissimam*, patet luculenter ex d. l. 1. §. *Et ille quidem*. 4. ff. de obligat. & act. unde hic §. desumptus est.
- 25 Tum quia verba pro subjecta materia sunt accipienda, & ex natura contractus: aliàs superlativum non inesse positivo, rectè scribit Vultejus lib. 1. disceptat. Scholasticar.
- 26 cap. 15. Tum etiam quia hic §. non dicit simpliciter: commodatarius *exactam diligentiam* præstare debet: sed, *sanè quidem exactam diligentiam*. Hoc autem perinde est, ac si diceret, valde exactam, sive exactissimam, ut Ulpianus in d. l. 5. §. 5. ff. commodat. custodiam *planè* diligentem dixit, pro diligentissimâ. Articulos, *sanè* & *planè*, addere gradum, certum est. Stultè verò ac barbarè scriberetur in hoc §. *sanè quidem exactissimam*. Est enim perinde, ut si diceret, valde exactissimam, aut valde diligentissimam. Itaque etiam in §. ult. hoc tit. Justinianus in pignore custodiendo, non requirit *sanè* quidem exactam, sed simpliciter exactam diligentiam. Et hoc ipso in §. cum ait, *si modò alius diligentior* &c. satis admonet, se intelligi velle, *exactissimam*, ubi dixit, *sanè quidem exactam*. Usurpari quippe in lingua Latinâ *sanè*, pro valde, testatur hîc in suis notis Marcellus pag. 468. & seq.
- 27 Sic non obstat d. l. si, ut certo. §. §. custodiam. §. ff. commodati. ubi Ulpianus diligentem duntaxat custodiam, non diligentissimam, à commodatario exigit. Nam primò ibi IC. non simpliciter custodiam, sed *custodiam planè diligentem*, adeoque diligentissimam desiderat. Deinde, quod uni legi deest, supplendum est ex alia, quæ rem definit apertius, arg. leg. incivile. 24. & leg. non est novum. 26. cum il. seqq. ff. de legib. &c. Atqui ex d. l. in rebus. 18. ff. commodati. & d. l. 1. §. 4. ff. de obligat. & actionib. manifestum est; commodatarium accuratissimam diligentiam rei commodatæ adhibere debere. Ergò quod in dict. leg. §. §. ff. commodat. de diligente custodia responsum est: de custodia diligentissima exaudiri debet. Anton. Matth. hîc in vers. nec sufficit ei &c.
- 29 Nihil præterea refragatur l. 3. ff. de pericul. & commod. rei vendit. ubi Paulus in hæc verba respondit: Custodiam venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet. Ea namque lex referenda est ad casum, qui proponitur in §. 1. legis proximè præcedentis. Ibi autem agitur de casu, quo emptio & venditio nondum omninò perfecta est: hoc est, quo vinum ad mensuram venditum, nondum admensum est. Ideoque venditor eâ specie meritò, præter dolum, latam & levem culpam, etiam culpam levissimam præstat: de qua & commodatarium teneri, ex prædictis apertè constat. D. Bocer. ad dict. leg. contractus. 23. cap. 4. num. 6. ff. de regulis juris. & in hoc §. nostro. n. §. 1. pag. 183.
- 30 Hoc amplius non obstat, quod commodato valde simile est precarium. l. 1. §. ult. ff. de precario. in quo non levis, nedum levissima culpa præstatur. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. in cujus principio disertè traditur: quod precarium recipiat tantum dolum. Quandoquidem inter ista duo magna est ratio differentia: quia precarium non solum ex mera liberalitate proficiscitur. l. quesitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precar. sed etiam revocari potest, quandoque concedenti libuerit. d. l. 1. §. 2. & l. 2. §. 2. ff. eod. tit. commodatum verò præscripto modo & fine utendi contrahitur: nec ante usum legitimum intempestivè revocari potest. leg. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. Mitius itaque egit Prætor cum eo, qui precariò rogavit: si quidem danti imputari queat, cur precarium, cum suspectam haberet diligentiam ejus, qui illud acceperat, maturè non revocaverit: uti notarunt Duaren. ad tit. ff. & C. de commodato. cap. 8. vers. Levissima culpa, &c. Roberus & Berens locis præallegatis.
- 31 Porro si utriusque, & commodantis, & commodatarii causâ commodatum sit contractum: dolus, lata & levis duntaxat culpa præstatur: veluti, si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses. & ego tibi argentum commodaverim. d. l. in rebus. 18. in princ. vers. at si utriusque. ff. commodati. Ioan. Ma-

riencus in repetit. l. contractus 23. ff. de reg. jur. num. 171. fol. 168. Si verò quis commodatoris solummodò gratiâ rem commodatam acceperit: de dolo & latâ saltem culpâ tenebitur: ut, si quis sponsæ suæ, quò magis compta ornataque ad se duceretur, dederit res utendas: vel, si quis alicui, ut in sua causâ consulere, dederit commodatò libros. l. si, ut certo. §. §. interdum. 10. ubi Bartol. Castrenf. & alii. l. eum, qui. 10. §. 1. & l. si mei causa. 12. in princip. ff. commodat. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. mibi. 605. num. 3. Schegk. in delib. jur. Disputat. 15. thes. 83. ad lit. a. Cagnol. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 35. & seqq. Vngerpaur. Exercitior. Justinianeor. 15. quest. 8. Planè, si incen-

32 dio, vel ruinâ, vel quo alio casu fortuito quid damni in re commodatâ contigerit; commodatarium non teneri, indubitati juris est. d. l. si, ut certo. §. §. quod verò senectute. 4. d. l. in rebus. 18. ff. commodat. d. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l. 1. C. de commodat. l. quæ fortuitis. 6. C. de pignorat. act. Paul. Berens. d. Disputat. 9. them. 2. quest. 5. Proinde si commodavero tibi equum senio confectum, quo uteris usque ad certum locum, isque in ipso itinere deterior factus sit, vel perierit: commodati mihi non teneberis. Nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit, ut disertè respondit Pomponius in l. ult. ff. commodat. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 17. edit. 2. Quinimò commodans equum alicui, quem sciebat non posse ferre laborem, tenetur contrariâ commodati actione ipsi commodatario ad interesse, si in via ob id equus deficiat, & ipse commodatarius sit damnificatus: secus, si gratis ille commodaverit. Ita, post Castrensem, in l. eum, qui rem. 10. ff. commodat. decidit Hippolytus Bonacollâ, in tractat. equorum. questio. 404. Enimverò tres præcipuè excipiuntur casus, quibus etiam

34 casus fortuitus in commodato præstatur. I. Si culpa commodatarii intervenerit, per hunc §. nostr. ibi, si modò non ipsius culpâ, &c. II. Si res commodata æstimata fuerit, & commodatarius æstimationem se præstiturum receperit, d. l. si, ut certo. §. §. & si fortè. 3. ff. commodat. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 607. D. Obrecht. Disputat. 13. thes. 68. Mynsinger. hîc num. 11. in fine. III. Si ita convenerit, ut & casus fortuitus præstetur. dict. leg. si, ut certo. §. §. 2. ff. commodat. dict. leg. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. si convenit. 6. ff. deposit. dict. leg. 1. Cod. de commodato. Quo facto & de insolito casu teneri commodatarium, probabilius est, argument. l. fistulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contrahend. empt. l. ex conducto. 15. §. 2. ff. locat. Pinel. in l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. num. 29. Est enim illa indefinita locutio, quæ universali æquipollet arg. l. si plures. 98. ff. de legat. 3. Et quid aliud est casus fortuitus, quam insolitus? Iustus Schütz. exercitation. jur. Disputat. 13. th. 10. lit. C. pag. 304. Atque id explicatiùs prosecuti sumus in §. conductor. 5. infr. de locat. & conduct. num. 11. & seqq.

Ceterum magna apud Doctores est altercatio: num ad hoc, ut commodatarius teneatur ad casus fortuitos, sufficiat pactum generale de omni periculo aut casu fortuito præstando: an verò requiratur, ut casus fortuiti specialiter enumerentur? Et pro illa, ceu veriore sententia, haud exigui momenti plura sese offerunt argumenta. I. Juris nostri notissima est enuntiatio; omnium pacto-

36 rum fidem servandam esse: nisi aliqua juris ratio eis obstat. leg. 1. in princ. leg. juris gentium. 7. §. ait prætor. ff. de pactis. leg. fin. Codic. eod. Atqui isti pacto generali nihil obstat. Ergo servandum erit. II. Tantum valere debet genus per se solum positum, quantum enumeratio omnium specierum, argument. leg. si chorus. 79. in princip. ff. de legat. 3. & leg. omnes. 4. Cod. de præscription. 30. vel 40. annor. Jam verò dubium non est ullum; quin si essent omnes species casuum fortuitarum expressæ, commodatarius teneretur. III. Suffragatur lex. si quis domum. 9. §. si quis fundum. 2. (qui alias pro lege allegari solet) ff. locati. ex quâ apparet, pacto generali standum esse, si quis fundum ita locaverit; ut, si quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur. IV. Accedit lex, quæ fortuitis. 6. Cod. de pignoratit. actionib. ubi expressum est, creditorem à petitione debiti submoveri, si inter contrahentes generaliter placuerit, ut amissio pignorum

39 liberet

- 40 liberet debitorem. V. Confert *d.l. juris gentium. 7. §. sed* & *si quis. 1. §. ff. de pact. §. 1. & Aristoni. 39. ff. mandati.* ex quibus intelligitur, conventionem valere, quod quis omne periculum præstet, vel ut res alicujus periculo sit. Quæ verba non aliam recipere interpretationem videntur, quam
- 41 ut etiam omnes casus fortuitos agnoscant. VI. Huc pertinet *l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.* ubi declaratur; eum, qui negotium gerit alienum, usuras quoque præstare compellendum, & periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita res suas amiserint, ut tempore litis ex eâ actione contestata solvendo non essent. Si generali periculi appellatione fortuiti casus non comprehenderentur: parum aptè Paulus Iureconsultus illos de relato casu excepisse judicandus esset: cum exceptio de ipsa regula deducatur. *secundum Decium, Carnolum, & Interpretes plerosque in l. 1. ff. de reg. jur.*
- 42 VII. Istud coarguit *l. tutoribus. 4. si conferatur cum rubrica sive inscriptione tituli, C. de periculo tutor. & curator.* quæ apertè decedit, tutoribus vel curatoribus fortuitos casus non imputari: cum tamen titulus solum periculum
- 43 tionem faciat. VIII. Denique huc referri poterunt plures aliæ leges, in quibus dictio *periculi* hanc significationem admittere videtur, ut *l. si quis. 4. ibi. hoc depositum periculo est ejus, qui suscepit. ff. de reb. credit. si cert. petiti. l. qui negocia. 34. in fine principii ibi; pecuniam, ex argento redactam, periculo ejus fore, qui accepisset argentum. ff. mandati, §. 1. in princip. ibi, convenit, quoad periculum vini sustineat. & ibidem in §. 1. periculo liberatur, & c. ff. de peric. & commod. rei vend.* Atque huic assertioni adtulpantur *Martinus, relatus à glos. in l. sed & si quis. 4. §. questum. 4. ff. si quis cautionib. & c. Sichardus. Salicetus & Pacius in d. l. 1. C. de commodato. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 29. in fin. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. C. num. 27. ubi plures citat. & novissimè Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quest. 6. aliis aliter sentientibus, Azone, Accursio, Odofredo, Guiliel. de Cuneo, Nicolao de Maturrellis, Cyno & Gilkenio ad d. l. 1. C. de commodato, & ceteris, per hunc relatis.*
- 44 Nec hanc nostram conclusionem enecant *l. negotium. 22. C. de negociis gest.* quæ decernit, negotium gerentes alienum, non interveniente speciali facto, casum fortuitum non præstare. & *l. 1. C. de positi.* quæ cavetur: eum, apud quem res deposita est, ita denu de casu fortuito teneri, si illud specialiter convenerit. Nam speciale pactum seu specialis conventio ibi appellatur, non quod sigillatim enumerentur casus fortuiti: sed quod præstatio casuum fortuatorum sit specialis. Hoc enim pactum, *de omni periculo præstando*, quamvis sit generale, respectu singulorum casuum: tamen est speciale respectu pacti magis generalis, id est, de re commodata domino restituendâ. Vel (*ut planius res explicetur*) speciale in adductis legibus non generali, sed tacito, opponitur: ita ut specialiter nihil aliud sit, quam expresse: *quemadmodum etiam accipitur in l. licet. 6. ff. in quib. caus. pignus vel hypoth. tacite contrahit. & l. si pignus. 8. ff. qui pot. ior. in pig. vel hypoth. habeant.*
- 45 Nostra item assertio haud emedullatur per textum in *l. sed & si quis. 4. §. questum. 4. ff. si quis cautionibus in iudicio sistendi caus. factis, & c.* ubi dicitur, conventionem istam (*ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta, obijciatur*) non valere; nisi specialiter causæ exceptionum exprimantur, quibus à promissore sponte renunciatum est. Etenim in casu illius legis dum is, qui cavet iudicio sisti, renunciat casibus fortuitis, quibus potest impediri, ne sistat; rem quodammodo impossibilem promittere videtur. Promittit enim, se venturum: & paciscitur, se excusandum non esse, licet inundatione fluminis, incursione hostium, aut simili casu impediatur. Proindeque hoc pactum est odiosum, atque adeò restringendum: cum impossibilibus nulla sit obligatio. *l. impossibile. 18. ff. de reg. jur.* Cæterum in nostro schemate; nihil tale in considerationem venire potest: dum commodatarius cavet de restituendâ æstimatione rei, quovis casu peremptæ: imò æquissimum est, ut casum omnem præstet: cum ipsius gratiâ contractus fiat: nec dominus commodaturus esset, nisi periculum commodatarius subiisset. Sed vide *Pine- lium ad l. 2. Cod. de rescind. vendit. part. 1. cap. 3. num. 26.*

Bronchorst. centur. 1. ἐναυτιοπαρεῖν. assert. 26. edit. 2. & quæ notavimus infr. ad §. sed hodie. 2. tit. de satisfactioni b. num. 20. & seqq.

Præterea minimè enervat decisionem nostram *dict. l. 1. 46 Cod. de commodato.* ibi dum probatur pactum generale, quod est factum contemplatione unius certi casus, nempe incursione hostium: inde colligi posse videtur; aliàs, id est, nisi contemplatione certi casus fiat, pactum generale non valere. Imperatores namque Diocletianus & Maximianus non ajunt, pactum esse factum duntaxat de incursu hostium: sed proponunt pactum simpliciter factum & generaliter. Nec moverit, quod dicatur factum contemplatione incursione hostilis. Hoc siquidem ideo proponitur: quia pactum generale ad eum casum, de quo non fuit cogitatum, pertinere non videtur. Unde cum in specie istius legis incursu hostium res perierat: pactum autem non de incursione hostium, sed generaliter conceptum fuerat: idcirco omnis dubitationis, & in facto consistentis quæstionis tollendæ causa proponitur, pactum intervenisse contemplatione hostium. Adde, quod leges Codicis 47 semper restringendæ sunt ad casum propositum, de quo Imp. respondent; ut, post Pacium in *d. l. 1. C. de commodato. n. 12.* rectè tradidit Paulus Berens *dict. Disp. 9. them. 2. quest. 6. in fine.*

Ambigitur quoque de eo: utrùm commodatarius, si 48 rem per nuncium remiserit, re peremptâ, vel à nuncio aver- sâ, liberetur? Et, nisi qua culpa ei imputari possit, illum liberari putaverim. *l. eum, qui. 10. §. 1. & ibi Costal. cum l. seq. ff. commodati.* Extra culpam verò commodatarius esse 49 censetur, si tali rem perferendam committat, cui nulla mali infidet suspicio, & quem consuevit dominus istis implicare negociis, *argum. l. si mei causa 12. §. 1. l. argentum. 20. ff. commodat. & l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. ff. de solutionib. Heigius hic num. 24. & Schrader. num. 29.* Idque procedit, etiamsi commodatarius rem tradat servo vel famulo ipsius domini aut creditoris: quia si aliàs erat fidelis, & talis, cui verisimiliter potuit & debuit credere, & cui talia solebat dominus committere: non tenetur commodatarius, sed excusatur & liberatur. *Bartol. in l. si quis uxori. §. 2. apud Labeonem. 11. ff. de furt. & in dict. l. eum, qui 10. §. fin. ff. commodat. Anton Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 7. num. 3. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. f. num. 399. Gothofred. ad l. si is, cui. 7. C. de furt. Speckhan. cent. 2. class. 3. q. 14. num. 10.* Idque paulò fusiùs explanat Oldendorpius *class. 4. act. 1. vers. sed quid de dolo vel culpa nuncii. & c. pag. mihi 608.* Et eadem de re in jure renovato locali Würtembergico ita cautum extat: *So der Entlehn- ner die zu leihen bewilligte Haab/ bey seinem Diener ab- holen läßt / oder hernach wieder heimab sendet/ist er den/ unter wegen der entlehneten Haab zugefügten Schaden/ oder Abgang abzutragen schuldig. Da aber der Leih- er bey seinem Diener die Haab liefern / oder wieder abholen läßt / ist der Entlehner des unter wegen zugestandnen Schadens halben/einigen Abtrag zu erstatten/ (wann er kein Schuld daran hat) ohnverbunden. part. 2. tit. 2. pag. 242. §. Und so der Entlehner/ & c.*

Ad tempestivam rei commodatæ restitutionem quod at- 50 tinet; certum est, quod commodatarius eam ipsam rem, quam accepit, tempestivè, id est, expleto usu, in quem res commodata est, & tempore locoque opportuno, ut de quo in ipso contractu convenit, restituere commodatori debeat, *hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, cui rem. 3. ff. de obligat. & act. leg. si, ut certo. 5. in princ. leg. in commodato. 17. §. sicut au- tem. ff. commodat. l. si soluturus. 39. & l. creditor. 102. in princip. ff. de solutionib. l. in bona fidei. 7. l. is, qui certo 9. & 10. t. ff. de eo, quod certo loc. dari oportet. D. Bocer. class. 2. Disput. 9. thes. 18. edit. 2. & in hoc §. num. 59. cum seq. p. 185. Trentler. Disput. 24. thes. 2. lit. e. vol. 1.*

Hinc num compensatio in commodato locum habere 51 possit, non omnis contentionis expers est quæstio? Id li- cèt multi magni Jurisconsulti astruant, *Jacobus Cujacius lib. 9. observat. 37. & ad Paul. lib. 2. sentent. tit. 12. §. ultim. Giphanius ad §. in bona fidei. 30. infr. de actionib. Hænonius Disput. 13. controvers. 9. Hunnius Disput. 20. thes. 16. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 3. part. 3. quest. 4. pag. 937. Ritters- husius in hoc §. nostro. p. 413. circa fin. Schuckhard. disp. 12. thes. 5.*

thes. 5. lit. b. num. 1. & resolut. quest. 2. Wegnerus Disputat. 15. ad Instit. thes. 7. sub l. d. aliique: attamen ego negantium sententiam juri magis esse consentaneam, nullus dubitatio. Et primum quidem moveor textu manifesto in *l. ult. Cod. de commodato*, ubi Imp. Diocletianus & Maximianus his formalibus verbis rescripserunt: *Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur*. Quibus ex verbis luculentissime constat; commodatum minime admittere compensationem. Et quanquam Cujacius, & ipsius sequaces pro *Commodati* legendum ajunt *Commendati*, id est, depositi: quia tamen in omnibus & manuscriptis & impressis exemplaribus constanter legitur *Commodati*: & præterea lex ista non sub *tit. depositi*, in quo de commendato agitur, sed potius sub *tit. de commodato*, collocatur: utique isthanc Cujacianam correctionem, & quamvis aliam, utpote in mera conjecturâ positam, omnino rejicere debemus. Deinde in commodato eadem species restituenda est, per hunc §. nostrum ibi, de eâ re ipsâ restituendâ tenetur. §. 1. 2. in pr. ff. de reb. credit. si 3 cert. pet. Atqui, secundum communem Interpretum opinionem compensatio tantum in quantitativis, quæ inter se mutuam functionem recipiunt, non verò in speciebus locum obtinet. leg. si convenerit. 18 in princip. ff. de pign. act. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condit. indebit. Præterea idem confirmat jus provinciale renovatum Württembergicum, sequentibus verbis: *Wann die geliehene Haab/vom Leihher zu gebührender Zeit wieder abgefodert wird/ist ihm der Entlehnher solche Haab (ohneachtet er wider den Leihher ein andere Gegenschuld/ oder aber des Eigenthums halben Anforderung hette) wieder zu liefern und heimzugeben schuldig.* part. 2. tit. 2. §. ult. p. 242. Denique hanc traditionem plures, non spernendæ auctoritatis, Jurisconsulti suis calculis corroborant: *Fornerius lib. 2. select. cap. 14. Hortensius, Vultejus & Ant. Matthaus ad dict. §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. Arumæus Exercit. Justin. 1. 2. thes. 13. Bronchorst. centur. 2. évavtioφavōv. assert. 42. edit. 2. D. Bocerius class. 2. Disput. 9. thes. 19. edit. 2. & in hoc §. num. 93. cum seqq. pag. 188. Schifordeghe. tractat. 2. q. 2. & seqq. M. Lycklama in jur. Studios. velut. 3. q. 20. pag. 140. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 16. cap. 15. ad lit. X. Plebst. Disput. 2. de jure topic. Ducatus Württemberg. thes. 14. edit. 1. Forster. junior lib. 3. Disput. 16. thes. 15. Gilbert. Regius lib. 1. évavtioφavōv. cap. 8. Mercerius lib. 1. opinion. c. 14. Jul. Pa. centur. 4. évavtioφavōv. sub q. 45. Knipschildt d. exercit. Acad. 3. q. 5. pag. 101. cum seq. & Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 2. quest. 1.*

54 Non obstat *l. creditoris. 15. §. ult. & l. si is, qui rem. 59. ff. de furt.* ex quibus apparet: quod commodatarius rem commodatam ob impensas, quas fecit in re commodatâ, retinere, sicque compensare queat. Etenim commodatarius potest quidem pignoris loco, ob impensas factas, retinere commodatum: verum ista retentio longè differt à compensatione. Nam qui rem pignoris loco habet, retinet aliquando redditurus; ut cum solvere paratus fuerit debitor, pignus liberet, sibi que habeat. *l. item liberatur. 6. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Ast in compensatione secus fit: quoniam qui paratus est compensare, creditorem suum, eundemque petitem summovet, ut rem suam actione consequi non possit. *leg. 2. ff. compensat. Mercer. d. cap. 14. in fine.*

55 Pariter non obstat *l. in rebus commodatis. 18. §. fin. ff. commodati.* ubi expressè responsum videtur: quod commodatarius, actione commodati directâ conventus, jure compensationis consequi valeat impensas, quas in re commodatâ fecit. Hoc enim intelligendum est, quando commodator non ad speciem commodatam restituendam, sed ad æstimationem agit: utputâ si commodatarius rem commodatam deterioravit, vel res commodatâ data æstimata est, & æstimationem se præstiturum recepit. *l. si, ut certo. 5. §. 3. ff. eod.* Tunc siquidem cum non de specie, sed æstimatione agatur, & in pecuniam condemnatio fiat: rectè opponitur compensatio, per quam id servabitur, quod contrario judicio peti potuisset. *d. l. in rebus. 18. §. fin. ff. d. tit. Pacius d. cent. 4. q. 45. in fine.*

56 Sic quoque non obstat *l. ult. C. de compensationib. & §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionibus* ubi deciditur, in omni-

bus judiciis & actionibus compensationi locum esse, exceptâ solâ depositi actione. Ergo & in actione; commodati locus erit compensationi. Illud namque verum est, si petatur quantitas, sive res, quæ suo in genere functionem recipit. In corporibus verò seu speciebus compensatio non admittitur: cum incerta sit & inæqualis harum rerum æstimatione, hæque res mutuam inter se functionem non recipiant. Ideoque, cum in commodato species, quæ petitur, præcisè restituenda sit; commodatarius rem commodatam per compensationem retinere nequit. *Bronchorst. d. centur. 2. assertat. 42. edit. 2. Vide Riemerum Decad. 9. quest. illustr. 8. Bachovium. volum. 1. ad Trentler. disputat. 25. th. 8. lit. g. & Frantzium exercitat. jurid. 9. quest. 7. pag. 283. & seq. item Richterum in tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. g. pag. 99.*

Quod porro de cura & restitutione rei commodatæ hætenus dictum est: non solum de ipsa re principali, sed ejus accessione etiam exaudiendum erit. Proinde equam commodatam cum pullo, servum cum lance, domum cum supellectile, fundum cum instrumentis; rei item commodatæ fructus, atque ex mora usuras, omnemque utilitatem commodatori restituere & præstare commodatarius tenetur. *l. si, ut certo. 5. §. usque adeo. 9. & §. si me rogaverit. 13. ff. commodat. l. mora. 32. §. in bonæ fidei. 2. & l. videamus. 38. §. si possessionem. 10. & §. in ceteris. 15. ff. de usur. Oldendorp. class. 4. action. 15. Petr. Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 23. cap. 1. num. 13.* Sed & sumptum, si quem in re commodata repetenda commodator fecerit, commodatarius agnoscere æquum est. *d. l. si, ut certo. 5. §. rem tibi. 22. in fin. ff. commodati.* Cæterum si commodatarius dolo vel contumaciâ rem commodatam non restituat: quanti in litem commodator juraverit, condemnabitur. *l. sed mihi. 3. §. in hac act. 2. ff. comm. l. 2. §. 1. & l. tut. 8. ff. de in lit. jur.* Inde dubitatur: utrum, sicuti ob dolum; ita etiam ob latam culpam commodatarii sive cujuscunque Rei rem non restituentis, vel non exhibentis, in litem juretur? Et sanè istud plerique negant, *Azo, Accursius, Bartol. Castrenf. Iason & alii in l. in actionibus. 5. ff. d. tit. l.* Sed non desunt, qui affirmant, *Fulgosius & Duarenus in dict. l. 5. eod. Corasius lib. 4. miscellan. jur. civil. c. 2. num. 11. Bronchorst. centur. 2. évavtioφavōv. assert. 30. edit. 2. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de in lit. jurand. cap. 5. num. 5. & seqq.* Atque hæc sententia mihi magis probatur: eò quod lata culpa non solum dolo comparatur. *l. 1. §. 1. si mensor. fals. mod. dixer.* sed etiam apertissime dolo vocatur. *l. quod Nerva. 32. ff. depositi. l. 1. §. is quoque. 5. in fin. ff. de obligat. & act. l. magna. 226. ff. de verb. signif. cum similibus, supra ad §. 2. tit. de obligationib. allegatis. num. 73.* Accedit textus clarissimus in *l. 2. C. de in lit. jurand.* ubi Imp. Antoninus disertè rescripsit: non minùs ob latam culpam, quàm ob dolum in litem jurari.

Nec quicquam detrahit huic sententiæ, quod Marcianus ait: ob dolum solum in litem jurari; non etiam ob culpam. *d. l. in actionibus. 5. §. sed in his omnib. 3. ff. de in lit. jur.* Nam & de agrimenfore dicitur, quod de dolo duntaxat teneatur. *d. l. 1. §. 1. ff. si mensor. fals. mod. dixerit.* nihil tamen id impedit, quò minùs & latam culpam præstet. *d. l. 1. §. 1. vers. lata culpa, &c.* Sic quoque de depositario traditur, eum de dolo tantum teneri. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & nullum tamen dubium est, quin & de latâ culpâ teneatur. d. quod Nerva. 32. ff. depositi.* Idem denique responderetur de eo, qui precario rogavit, quod solum dolum præstet: & nihilominus tamen idem etiam de latâ culpâ tenetur. *l. quasitum. 8. §. eum quoque. 3. ff. de precario.* siquidem & lata culpa dolo est. *d. l. magna. 226. ff. de verb. signif.* Neque movet, quod prædictæ leges utuntur particulis taxativis. Hæ namque dictiones taxativæ: *tantum, solum, duntaxat*, & id gentis aliæ, casus similes haud excludunt, *argum. l. ob æs alienum. 12. ubi glos. & Bartol. C. de prædiis & aliis reb. minorum sine decret. non alienand.* præsertim in nostro themate, ubi textus expressus de latâ culpâ habetur, *d. l. 2. C. de in lit. jurand.*

Nihil insuper urget, quod dolo in delictis ad latam culpam produci non solet. *l. in lege. 7. ff. ad leg. Corneli. de sicar.* Etenim id procedit, si ad pœnam corporalem agatur. *dict. leg. 7.* At si delicti pœna pecuniaria sit &

civilis: lata culpa doli appellatione continetur. l. 1. §. non aliàs tenebitur. 2. ff. si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 30. edit. 2.

- 63 Planè si culpâ commodatarii levi, vel levissimâ, res commodata aut omnino non, aut deterior restituatur: æstimatio à iudice facienda est: nec iusjurandum illud in litem (quod affectionis appellitant) hîc locum sibi vindicat. d. l. 2. §. 1. videamus. 4. §. ult. d. l. in actionibus. §. 3. ff. de in lit. iurand. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 9. th. 23. edit. 2. Sed intricatæ admodum est quæstionis: cujus temporis æstimatio rei commodatæ fieri in iudicio debeat? Et probabilius est; tempus, quo res commodata post moram commodatarii fuit plurimi, spectandum esse, per textum in l. hac actione. 3. ff. de conditione triticiaria. & l. ratio possessionis. 3. §. ult. ff. de actionibus empt. ac proinde etiam tempus condemnationis, seu rei iudicandæ, si eo tempore plurimi fuerit. l. sed mihi. 3. §. in hac act. ff. commod. Nec huic conclusioni adversantur illa iuris loca, in quibus dicitur, ex tempore litis contestatæ rem petitam esse æstimandam. l. vinum. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. ult. ff. de cond. tritic. cum simil. Nam in iis non agitur de certa specie debita; quâ extinctâ, vel deteriori redditâ, propter moram debitoris, ejus temporis æstimatio spectatur, quanti unquam res plurimi fuit. d. l. 3. ff. eod. sed tractatur perspicuè de quantitatibus vel rebus fungibilibus debitis, puta vino, oleo, frumento, &c. quarum rerum æstimatio pro locorum & temporum varietate mutatur. At certè de l. vinum. 22. ff. de reb. credit. planè dubitari non potest: quandoquidem in eâ nominatim quæritur de vino petito, quod mutuum datum erat, in quo genus peti, non speciem, constat ex l. 2. in princ. ff. d. tit. Sed nec magis de d. l. ult. ff. de condit. tritic. dubitare licet. Illic enim primò quidem de merce petitâ ponitur generaliter quæstio: at quam mercedem Cælius intelligat, explicat postea exemplis: si merx aliqua, inquit, petita sit: veluti vinum, oleum, frumentum. De vino igitur, oleo, frumento, similiter ibi agitur: quæ res itidem mensurâ constant: eoque & hac ipsâ quantitate in genere, non specie certâ æstimantur. d. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. Nec oberit, quòd in calce sive fine Cælius hanc clausulam subicit: Quod de cæteris rebus iuris est. Ea namque sic intelligenda est: de cæteris similibus, quæ scilicet pondere, aut etiam similiter mensurâ constant: ut liquoribus omnis generis, leguminibus item, & generaliter in his, quæ incertæ in genere, certa tamen mensurâ aut pondere, non certâ specie, debentur: in his, inquam, rebus omnibus, cum quæritur, cujus temporis æstimatio facienda sit: rectè statuitur, si dictum non sit, quo die dari deberent, rem petitam tanti æstimandam, quanti fuit, cum agitur, seu lis contestatur. Atque ita docet Donellus ad dict. l. 3. ff. de condit. triticiaria. num. 10. & seqq. item ad l. quoties. 9. num. 11. ff. de verb. oblig. & ad d. l. vinum. 22. ff. de reb. credit. num. 17. ubi rationem differentiæ, cur certæ rei debitæ æstimatio post moram tanta debeatur, quanti unquam plurimi fuit post moram, aliter atque in vino, & aliis rebus generaliter debitis, prolixè & accuratè exponit: quem referendo sequitur Dn. Collega Bocer. d. class. Disputat. 9. thes. 23. ad lit. b. edit. 2. Et eadem de re diversimodè sentiunt Cuiacius in tract. ad African. in explicat. l. hominem certum. 37. ff. mandat. Hotoman. illustr. quæst. 16. Fachinus lib. 2. controvers. iur. cap. 74. Bronchorst. centur. 2. in vatio pavor. assert. 19. edit. 2. Arumans in tractat. de mora. c. 8. num. 5. Borcholt. in tract. de reb. credit. c. 7. Hunnius Disputat. 14. thes. 20. & lib. 3. var. resolut. iur. civ. tract. 3. part. 3. quæst. 6. pag. 921. & seqq. aliique ab eo adducti.

- 65 Porro actio, quâ commodator debitum illud (quod commodatarius præstare illi obligatus est) persequi potest, dicitur commodati actio, hoc §. nostro, l. 2. & l. 3. in princ. ff. commodat. & quidem principalis, & directa commodati actio. l. in commodato. 17. §. 1. ff. commod. itemque rectum commodati iudicium. l. in rebus. 18. §. fin. ff. commodat. cum quo etiam furti, l. si ut certo. §. §. quini. 8. ff. d. tit. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obligat. & act. & L. Aquiliæ actio concurrit: si videlicet commodatarius vel alio modo usus sit re commodatâ, quàm convenit: vel eam rem deteriore fecerit. Si tamen quâ earum fuerit actum,

aliæ tolluntur. d. l. in rebus. 18. §. five autem. 1. ff. commodat. d. l. qui servum. 34. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Oldendorp. class. 4. act. 15. pag. 604. num. 5. Datur autem hæc actio non solum commodanti, sed & ejus heredi; adversus commodatarium, ejusque heredem. d. l. 3. §. heres ejus. d. l. in commodato. 17. §. 2. ff. commodat. & ibi Wesenbec. in Paratit. num. 10. & Iohan. Phil. Steinhaussen num. 6. Vide de isthac actione Thomam Cormerium in Cod. iur. Roman. Gall. Henrici IV. lib. 13. tit. 2. cap. 4. eumque laudantem Döringium in bibliothecâ Iurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio, commodati. num. 3. cum sequentib. fol. 298.

Succedit contraria commodati obligatio: ubi dispici- 66 endum venit, tum ad quas præstationes commodator commodatario astrictus sit: tum quâ actione hujusmodi præstationes commodatarius persequi possit, d. l. in commoda. 17. §. 1. & §. sicut. 3. ibi, converti in mutuas præstationes, &c. & §. ult. d. l. rem mihi. 21. in princ. & l. seq. ff. commodat. Præstationes hîc debitæ censentur, quibus commodatarius indemnis servatur, arg. l. furti. 6. §. ult. ff. de his, qui not. infam. & l. ei, apud quem. §. in princ. ff. deposit. Sunt autem tres potissimum. Una liberum rei commodatæ usum, in quem res commodata est, continet. Et si enim voluntatis & officii magis, quam necessitatis, est commodare: attamen intempestivè rei commodatæ usus auferri commodatario nequit: sed pati commodator tenetur, ut commodatarius liberè re commodatâ utatur, ad eundem modum & finem, in quem rem accepit: cum non decipi beneficio nos oporteat, sed juvari. d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodat. C. unic. in fin. ext. de commodato. At quid, si quispiam ad certum usum & præfinitum 67 tempus rem commodasset; num finito tempore, nedum tamen impleto usu, rem à commodatario recipere poterit? Et magis est, commodantem repetere posse commodatum: si justum tempus, quo usus rei potuit impleri, sit transactum. Etenim sibi ascribere debet commodatarius, quòd non fuerit isto tempore usus: & insuper certat de damno vitando commodator: commodatarius verò de lucro captando sollicitus est: quo casu illum huic præferri debere, æquius est, argum. l. verum. 11. §. item quæritur. 6. ff. de minorib. 25. an. Sebastian. Medices in tract. de fortuitis casib. pag. 2. quæst. 10. num. 53. Heigius hîc num. 19. Bartolus in d. l. in commodato. 17. §. sicut. ff. commod. num. 6. Castalius in l. si ut certo. §. in princ. ff. d. t. Panormit. in c. unic. col. 2. ext. eod. Gomez. lib. 2. var. resolut. c. 7. num. 3. hosq. referens Matthias Stephani cent. 3. quæst. 30. ad lit. A. Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt. d. exercit. Acad. 3. quæst. 7. pag. 103. & seq. ubi plures recenset casus, quibus commodatum, etiam ante completum usum & finem, repeti poterit. Videatur item eadem de re Richter. in d. tract. de contractib. disput. 4. th. 1. ad lit. e. pag. 96. & seq. Altera 68 præstatio in refarciendo damno, quod per causam commodati contigit commodatario, consistit. Si igitur quis vasa sciens vitiosa commodaverit, & infusum quod erat, effluerit: vel scienter commodaverit servum furem, & is commodatario furtum fecerit: damnum hoc refarcire commodatario tenetur. d. l. in rebus. 18. §. penult. & l. penult. ff. commodat. Fürstl. Würtemberg. erneuert Landrecht. part. 2. t. 2. pag. 241. §. Derjenig/te. Si item commodatarius pro re perditâ precium commodatori solverit, & ea deinde ad commodatorem pervenerit: aut rem ipsam, aut datam ejus æstimationem reddere commodator commodatario cogitur. d. l. in commod. 17. §. fin. ff. commodat. Ter- 69 tia præstatio impensas, quas in rem commodatam fecit commodatarius, complectitur. Quæ impensæ si necessariæ & magnæ fuerint: eas commodatario refundere commodator necesse habet: cibaria autem, & modica impendia non item. d. l. in rebus. 18. §. possunt. 2. ibique Bartol. & Salicet. ff. eod. D. Bocer. class. 2. Disputat. 9. thes. 3. edit. 2. Mozz. in tract. de commodato. col. 4. de naturalib. commodati. num. 8. Duar. ad tit. ff. & C. de commodato. c. 5. Trentl. Disputat. 24. thes. 4. lit. d. vol. 1. Licet interdum magis è re commodatarii sit: propter istas impensas sive sumptus, retentionis jure rem retinere, quàm ultrò commodati agere, Fürstl. Würtemb. erneuert Landr. d. part. 2. t. 2. §. ult.

pag. 242. D. Plebst. Disputat. 2. de jure topic. Würtemb. thes. 15. ad lit. d. edit. 1.

70 Actio autem, quâ commodatarius præstationes illas potest persequi, est contraria commodati actio: quæ non solum ipsi commodatario, sed & ejus heredi; adversus commodantem, ejusque heredem datur. *l. si ut certo. §. §. quini- mod. 8. l. in commodato. 17. §. 1. & §. ult. l. in rebus. 18. §. ult. l. rem mihi 21. in princ. & l. seq. ff. commodati. Oldend. class. 4. act. 15. pag. 601. num. 6.* Contraria verò ista actio sic dicta videtur è re, quod vicissim competat vel intendatur, utilitate & æquitate suadente. *Joan. Stuck. part. 1. Exercitation. Justinianear. decad. 10. assert. 5. ad lit. H. pag. 182.*

71 Quia porro non satis est, scire actionum vim & naturam: nisi etiam sciatur, quomodo in judicio proponi debeant: utriusque actionis, tam directæ, quàm contrariæ, formam hîc adjicere libuit, ex D. Obrechtio Disputat. 13.

72 thes. 114. & aliquot seqq. Et quidem directæ actionis talis formula constituitur: *Non dubium est, Indices, magnum esse officium ejus, qui sic rem suam alteri dat utendam, ut interim ipse jure sui domini non possit de eâ statuere: & idcirco accipientem tale beneficium, gratias agere, multò magis rem, finito usu, bonâ fide restituere debere. Iam verò ego Sempronius, hujus causa actor, Titio reo gratis equum atratum Francofurtum usque commodavi: qui tamen jam Francofurto reversus, immemor accepti beneficii, equum retinet: nec eum, quamvis amicè compellatus, vult restituere. Quare, Indices, actione commodati contra dictum Titium reum experior, & peto, eum condemnari & compelli, ut equum, quem in sua potestate habet, restituat; unâ cum*

73 *refusione litis sumptuum.* Caterùm contrariæ actionis talis forma perhibetur: *Certum est, Indices, adjuvari nos, non decipi beneficio oportere: ideoque decipientem ad id, quod interest, decepto teneri. Iam verò Sempronius, hujus causa reus nuper mihi Titio actori, gratis quidem, sed dolo malo, tigna vitiosa ad fulciendam insulam commodavit: ex quo insula, quam centum florenis Rhenensibus vendidissem, mox corrui. Quare, Indices, actione commodati experior contra dictum Sempronium, & peto, eum ad centum florenos Rhenenses, in quibus mihi nocuit, condemnari; unâ cum refusione litis expensarum.* Aliam libelli formam videre est apud Schneidev vinum in §. sequens illa divisio. 16. infr. de actionib.

74 Coronidis loco hîc non inconvenienter quæritur, & dubitatur: si commodatario res commodata surrepta sit, quodnam ei judicium ad rem istam recuperandam com-

75 petat: cum furti actio (quam omnibus omnino, quorum interest, dari explorati juris est. *l. cujus interfuit. 10. & l. seq. ff. de furt.*) pœnam duntaxat, non rem, persequatur: & condictio ex furtiva causa, quæ rem ipsam persequitur, domino soli concedatur? *l. 1. l. si pro jure. 7. §. 1. ff. de condict. furt. & explicavimus in §. ult. infr. de obligat. qua ex*

76 *delict. nascunt.* Et quanquam Accursius, Bartolus, & ceteri communiter, ad *l. & ideo. 12. §. ult. ff. de condict. furtiv.* commodatarium omni actione, quâ rem subtractam recuperet, destitui: proindeque ad actiones in factum, ad officium judicis, ad conductionem ex lege Arcadii decurrendum esse opinantur, *l. si coloni. 14. ibique idem Accursius, & alii. C. de agricol. & censit.* quibus scilicet judiciis tum locus esse solet, cum nulla actio alia eo nomine introducta est. *l. 1. ff. de præscript. verb. & in fact. actio. l. qui per collusionem. 40. in fin. ff. de actionib. empt. l. 1. ff. de con-*

77 *dict. ex leg.* attamen verius esse reor, conductionem incerti illi adversus furem applicari posse, arg. d. l. & ideo. 12. §. ult. ff. de cond. furt. ubi pignoratitius creditor, si pignus ei furripiatur, incerti conductionem in furem distringit. Nec quicquam in contrarium movet, quod objicitur, jus in re creditorem habere, quoadusque pecunia ipsi soluta sit. Nam & commodatarius jus habet in re commodata, quoad usum, in quem ea accepta est, expleverit: adeò, ut illi adversus dominum maturius repetentem civilis actio competat: cum ut in obligatione pignoris; ita & in commodati, actiones ultrò citroque nasci soleant. *l. in commodato. 17. §. sicut. & §. seq. ff. commodati.* Sed & non ineptè concluditur; conductione ex injusta causa commodatario adversus furem experiundi jus esse: quâ scilicet actio-

ne potest id quisque condicere, cujus interfit, quod ex non justâ causa ad aliquem pervenit *l. 1. §. fin. ff. de condict. sine caus. l. perpetuo. 6. ff. de condict. ob turp. vel injustam caus. l. rerum quidem. 25. ff. rerum amotar.* Atque ita sentit Johannes Vandus *variarum question. lib. 1. quest. 34.* eumque referens Philippus Knipschild. *d. exerc. Acad. 3. quest. 11. pag. 100. circa finem.*

Verùm huic sententiæ novissimè reclamatione Dn. Colle-78 ga Bocerius in hoc §. num. 78. & seqq. pag. 186. & seqq. ubi Judicis officium nobile hoc casu locum habere contendit. Et quia aliquis regerere posset: juris auctoritatem non agnoscere hanc officii judicis, in nobile & mercenarium partitionem: ideo huic objectioni respondendo subjungit num. 92. rem ipsam juri convenire. Alibi verò non tantum nomina isthæc non agnoscit: sed & rem ipsam negare videtur. Nam expressè scribit: in jure nostro non reperiri officium judicis nobile: item omnem jurisdictionem dici posse mercenariam: nec aliam esse nobilem, id est, non mercenariam, in tract. de jurisdic. cap. 3. num. 4. vers. ceterum. & cap. 5. num. 2. vers. adhuc, &c. Nec juvat ejus opinionem. *l. interdum. 56. §. 1. ff. de furt.* Non enim ibi79 proponitur talis casus, quo quis magistratus officium imploravit principaliter, ad rem furtivam recuperandam: sed quo cum fure criminaliter agere, eumque in periculum majoris pœnæ deducere voluit, juxta *l. cum servus. 15. ff. de condict. caus. dat. & l. ult. ff. de furtis.*

§. Præterea. 3.

Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidîæ ac negligentîæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit: non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

S U M M A R I A.

- 1 Depositum unde dicatur,
- 2 Depositum definitio seu descriptio.
- 3 Genus proximum in definitionibus usurpandum.
- 4 Depositum debet esse gratuitum.
- 5 Qua forma depositum ab aliis contractibus realibus distinguatur.
- 6 Differentia inter locationem, precarium & depositum.
- 7 Sententia §. sed is, apud quem. 17. Inst. de obligat. qua ex delict. &c.
- 8 Boceriana depositi definitio rejicitur.
- 9 Depositum species quot.
- 10 Depositum simplex & vulgare.
- 11 Depositum sequestrarium, hujusq. subdivisio in voluntarium, & necessarium.
- 12 Prædicta depositi divisio à quo inventa.
- 13 A quo quo anno mortuus fuerit.
- 14 Qui deponere, & apud se deponi permittere possint.
- 15 Quibus in rebus depositum consistat.
- 16 Qua justitia probanda.
- 17 An res immobilis depositum recipiat.
- 18 Rei vocabulum tam res immobiles, quàm mobiles, complectitur.
- 19 Deponere quid.
- 20 Commodatum quoq. in re immobili consistit.
- 21 Non exemplis, sed legibus judicandum.
- 22 Res immobilis neq. tradi, neque dari, neque auferri, neque custodiri posse videtur.
- 23 Quare fundi sive loci furtum non fiat.
- 24 Factum dandi tradendiq. in rem etiam immobilem cadit.
- 25 D. Bocerii religio inconstans taxatur.
- 26 In custodienda re deposita quid depositarius prestare tenetur.
- 27 Depositum solius deponentis utilitatem concernit.
- 28 Quibus casibus, præter dolum & latam culpam, in deposito etiam levis & levissima culpa præstetur.
- 29 D. Bocerii error notatur.
- 30 Differentia specifica, qua locatio conductio secernitur à deposito, in quo consistat.

- 31 Quae definitio vitiosa, secundum Aristotelem.
- 32 Recensentur reliqui casus, quibus in deposito etiam culpa levis & levissima praestatur.
- 33 An casus fortuitus spectet ad depositarium, si culpa, etiam levis, casum praecesserit.
- 34 Quando casus fortuitus commodatario imputetur.
- 35 Intellectus l. si in Asia. 12. §. ult. ff. depositi.
- 36 Mora obligationem perpetuat.
- 37 Quae culpa perpetuet obligationem.
- 38 Generi per speciem derogatur.
- 39 D. Bocerius intellectus ad d. l. si in Asia. 12. §. ult. repudiat.
- 40 Fatua causa excusat à dolo.
- 41 Sensus germanus l. si quis inficiatus. 13. ff. depositi.
- 42 Res deposita depositori, quocumque tempore petenti, restituenda est.
- 43 Quo loco depositum sit restituendum.
- 44 Quatenus ipsa res deposita, in specie sit restituenda.
- 45 Fructus quoque, omnisque causa in restitutionem venit.
- 46 Verum, si quis penes aliquem cistam signatam deposuerit, cistam tantum, an & species inclusa sint petenda.
- 47 Quando deponentis iuramento contra depositarium non stetur.
- 48 Si pecunia deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restitueretur, depositum contractum censetur. Item, an depositarius pro lubitu rem depositam invito deponenti restituere possit.
- 49 Quae actiones nascentur ex deposito.
- 50 Actio depositi directa cui, & adversus quem, competat.
- 51 Quatenus in heredem depositarii hac actio detur.
- 52 Quibus casibus depositarius convictus in duplum condemnatur.
- 53 Varia actionis depositi privilegia.
- 54 Compensatio, vel doli, aliave altiore indaginem requirere exceptio, istam actionem non excludit: secus atque ob impensas retentio.
- 55 Quadrimestre tempus debitoribus ad iudicatum solvendum indulgetur.
- 56 Quae actiones, & quo casu, cum depositi actione concurrant.
- 57 Actio depositi contraria cui, & contra quem, concedatur.
- 58 In hac actione cur in litem non iuret.
- 59 Sequestratio, itemque sequester, quid, & unde.
- 60 Sequestratio quomodo discriminetur à deposito, in specie sic dicto.
- 61 Sequester & sequestratio promiscue usurpantur.
- 62 Arrestum in quo differat à sequestratione.
- 63 Missio in possessionem ex primo decreto quomodo à sequestratione differat.
- 64 Sequestratio voluntaria quid sit.
- 65 Necessaria quid.
- 66 Divisio isthac contra Bocerum defenditur.
- 67 Qualis consensus in sequestratione necessaria interveniat.
- 68 Voluntaria sequestratio semper & ubique permittitur.
- 69 Rerum suarum quilibet moderator & arbiter.
- 70 An, quod à iudice fieri nequit, id nec à privato privata conventionione fieri possit.
- 71 Partes possunt testi iuramentum remittere: non item iudex.
- 72 Iudici multa sunt permittitur, quae partibus sunt prohibita.
- 73 Quibus casibus lex ipsa rem litigiosam sequestro ponere hortetur.
- 74 Necessaria rerum tam mobilium, quam immobilium, sequestratio regulariter prohibita.
- 75 Nemo in possessione sua turbandus.
- 76 Ab executione processus non debet inchoari.
- 77 Nullus contractus sine consensu perficitur.
- 78 Actor intentionem suam plenè probare tenetur.
- 79 Nemini possessionis sua commodum, absque causa cognitione, adimendum.
- 80 Possessionis multa variaque commoda.
- 81 Sicuti à captivâ persona non debet incipi processus: ita nec à sequestro.
- 82 Quod favore alienius introductum est, id in eiusdem odium non est retorquendum.
- 83 Rei favorabiliores sunt, quam actores.
- 84 Vim inferenti resistere licet.
- 85 Explicatio tit. C. de prohibita sequestrat. pecunia.
- 86 Pecunia verbum trifariam accipitur.
- 87 In dubio pecunia verbum latissime sumendum.
- 88 Verba generalia in potiore significato, & cum effectu accipienda.
- 89 In Codice non ita exactus ordo est servatus, ut in pandectis.
- 90 An l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. pertineat ad correctionem legis l. C. Theod. si cert. petatur de chirographis.
- 91 Certi petitio quas res persequatur.
- 92 De quibus actionibus tractetur in d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.
- 93 Vbi eadem juris ratio, ibi idem ius statuendum.
- 94 Ratio legis censetur anima legis, & ius supplere dicitur.
- 95 Vbi eadem est aequitas, ibi idem ius esse debet.
- 96 De quâ pecuniâ loquantur Impp. in d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.
- 97 Verbum (debendi) ad omnes omnino actiones referendum.
- 98 Solutio quid sit.
- 99 Verbum (solvendi) generale est, omnibus actionibus conveniens.
- 100 Verus intellectus l. in remandata. 21. C. mandat.
- 101 Vbi ratio est diversa, ibi quoque diversa est juris dispositio.
- 102 Principius sequestrationis finis.
- 103 Pecunia vocabulum non strictè accipiendum in d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.
- 104 Casibus quibusdam specialibus sequestratio iudicialis permittitur.
- 105 Sequestrationem iure factam affirmans: hoc probare tenetur.
- 106 Regulam juris pro se habens, intentionem habet fundatam.
- 107 Primus casus, quo sequestratio iudicialis licita putatur.
- 108 Secundus casus.
- 109 Creditor affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur.
- 110 Tertius casus.
- 111 Quod de servo statuitur, etiam ad filiumfamilias & similes extenditur.
- 112 Quartus sequestrationis casus.
- 113 Iudex curare debet, ne partes ad arma veniant.
- 114 Quintus casus sequestrationis.
- 115 An homo liber sequestrari possit.
- 116 Sextus casus.
- 117 Obiectio removetur.
- 118 Septimus sequestrationis casus.
- 119 Octavus casus.
- 120 Nonus casus.
- 121 Sententia l. si quis conductionis. 25. C. de locato & cond. & l. lib. 20. C. de agricol. & censit.
- 122 Instantia diluitur.
- 123 Decimus sequestrationis casus.
- 124 Gravius est personam capere, quam bona sequestrare.
- 125 Undecimus casus.
- 126 Totius causa negotium per appellationem ad superiorem devolvitur.
- 127 Duodecimus casus sequestrationis.
- 128 Minus praedictum infert sequestratio, quam in possessionem bonorum missio.
- 129 Modus & forma sequestrandi.
- 130 In quibus actibus partis adversa citatio requiratur.
- 131 Citatio non praesumitur, nisi probetur.
- 132 Contra fugitivos de facto procedi solet.
- 133 Ad nudam creditoris petitionem sequester non decernendum.
- 134 An ad obtinendum sequester publico instrumento sit opus.
- 135 Explicatur l. iubemus. 16. §. 2. Codic. de erogat. militar. annon.
- 136 Sequestrationem petens, quid demonstrare teneatur.
- 137 Ad sequestrationis permissionem cognitio causa necessaria.
- 138 Ecquid iuramentum calumnia inter sequestrationis requisita rectè numeretur.
- 139 Iuramentum non temerè à iudice imponendum.
- 140 Poena sequestrationem iustam impedire conantis.
- 141 Si sequestratio fructuum, vel alterius rei à iudice fuerit rectè facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde non habeat, quo se sustentare queat, an, lite pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta sint suppeditanda.
- 142 Nemo adversarium suum in se armare tenetur.
- 143 Quodnam sequestris officium.
- 144 Sequester non solum fructus, sed & rem ipsam litigiosam tempore siue morâ perituram, distrahere: & precium inde redactum loco rei custodire debet.
- 145 Intellectus l. ait prator. 7. §. 1. & 2. ff. de iure deliberand.
- 146 Nunquid in sequestrem rei deposita possessio transeat.
- 147 Explicatio accurata l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.
- 148 Nullum depositum, sine expressa partium conventionione, transfera possessionem in depositarium.
- 149 In possessionem missus ex primo decreto, non constituitur possessor.
- 150 Nemo praesumitur suum perdere, aut donare.
- 151 Ad possessionem transferendam titulus idoneus exigitur.
- 152 Quod possidemus, id in nostris quoque bonis habere dicimur.
- 153 Mens & sententia l. licet. 17. ff. depositi.
- 154 Deponere, pro dimittere.
- 155 Intellectus cap. 1. & tot. tit. extr. de sequestrat. possess. & fruct.
- 156 Sententia Clement. unic. de sequestr. poss. & fruct.
- 157 Intellectus l. unic. C. uti possidet.
- 158 Quatenus iudex aliquem suo dominio privare possit.
- 159 Intellectus Ordinationis Cameralis part. 2. tit. 21.

- 160 An is, apud quem factum est iuris patronatus, &c. sequestrium, vacante Sacerdotio, ius praesentandi habeat.
- 161 Disciplina Ecclesiastica periclitari non debet ob partium conventionem.
- 162 Sequester administrationem habet tam spiritualium, quam temporalium.
- 163 Intellectus c. cum Bertholdus. 18. de sentent. & re jud.
- 164 Sequestrium ad quid fieri soleat.
- 165 Intellectus c. quoniam. 3. & c. cum propter. 27. ext. de iur. patronat.
- 166 Satisfactio (qua medicina sequestri vocatur) sequestrium relaxatur.
- 167 Quo casu satisfactio siue cautio non recipiatur.
- 168 Satisfactio malevolum propositum non immutat.
- 169 An & quatenus iuratoria cautio ad relaxandum sequestrium sufficiat.
- 170 Sensus l. 1. §. 2. C. de adfert. tollend. & Auth. generaliter. C. de episc. & cleric. &c.
- 171 Qua satisfactio proprie idonea intelligatur.
- 172 Quibus modis sequestratio finiatur.
- 173 Quando lis terminata dicatur.
- 174 Per qualem satisfactionem de iudicio sisti sequestrium revocetur.
- 175 Sequestratio finitur per sequestri renunciationem.
- 176 Sequestri officio per renunciationem finito, cui res litigiosa restituitur.
- 177 Sequestratio finitur conditione existente, vel die veniente.
- 178 Cur morte sequestri extinguatur sequestratio.
- 179 Actio depositi sequestraria duplex: directa, & contraria.
- 180 Directa cui, & adversus quem, & ad quid, competat.
- 181 Contraria depositi sequestraria actio cui, contra quem, & ad quid, detur.

1 QUARTA species obligationum, quæ re contrahuntur, dicitur depositum, quod aliàs & commendatum & receptum appellatur. l. Lucius. 24. l. Publia. 26. in princip. ff. depositi. l. is, penes quem. 6. & l. cum hereditas. 9. Cod. eod. l. commendare. 186. ff. de verb. signif. tit. ff. nautæ. cap. stabul. ut recepta restituant. D. Vultejus hic, & lib. 1. Iurisprud. Rom. cap. 33. num. 1. Treutler. Disput. 26. thes. 1. ad lit. B. & F. volum. 1. dictumque est ex eo, quod ponitur. Præpositio enim de auget positum: ut ostendat, totum quoad custodiam, commissum fidei ejus, apud quem deponitur. l. 1. in pr. ff. depositi. ibique in Paratit. Wesenbec. num. 2. Mozz. in tract. de deposito, in princ. Petr. Gregor. in syntag. juris univers. lib. 23. cap. 2. num. 2. Quemadmodum eadem præpositio de significationem auget in aliis quibusdam verbis; ut in verbo, demereri, dedere, deperire, demirari, & similibus. Cuiac. tract. 1. ad African. in fin. ad l. servos. 20. ff. de manumiss. testament. Caspar Schoppius lib. 2. verisim. cap. 9. Hilligerus in Donello enucleat. lib. 14. cap. 2. ad lit. F. Quod non fit, ubi deponere sumitur, pro demoliri, ut in l. sed & loci. 4. §. sed & si. 3. ff. fin. regundor. l. 2. §. si quis, nemine. 17. ff. ne quid in loc. publ. l. metum. 9. §. 2. ff. quod met. caus. gest. erit.

2 Definitur autem, meâ sententia, depositum non incommodè contractus, re initus, nominatus, juris gentium, bonæ fidei: quo res gratis custodienda alicui traditur, eo fine, ut eadem illa in specie, quandocunque deponenti libuerit, restituitur. Eodem penè modo depositum definit Johannes Althusius lib. 1. Dicaolog. cap. 70. num. 1. pag. 241. & Knipschildt exercit. 5. Academ. 4. th. 5. pag. 114. nec non Richter in tract. de contractibus. Disputat. 5. th. 1. pag. 109. Quod depositum sit contractus, re initus, nominatus, juris gentium, & bonæ fidei, evidens est ex hoc §. nostro. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligat. & actionib. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. sed ius quidem civile vers. & ex hoc jure, supr. de jure nat. gent. & civil. l. 1. §. hanc actionem. 23. ff. depositi. & §. actionem autem. 28. infr. de

3 actionibus. Et cum proximum genus in definitionibus usurpandum sit: rectè illa verba, re initus, generis loco huic definitioni sunt adjecta: ad differentiam aliorum contractuum, qui non re; sed verbis, aut literis, aut solo consensu perficiuntur, de quibus infra suo loco, titulis sub-

4 sequentibus. Merito dicitur in definitione: quo res gratis. Nam si interveniat merces, non depositum, sed potius locatio erit. dict. l. 1. §. si vestiment. 8. & §. seq. ff. depositi. §. ult. infr. de mandat. Quanquam precium depositionis, in remunerationem præstiti beneficii, accipi possit. l. 2. §. si in re deposita. 24. ff. vi bonor. raptor. Treutler. d. Disputat. 26. thes. 1. ad lit. E. vol. 1. Oleman. ad Disputat. 25.

Giphan. num. 10. Fomann. Disputat. 20. thes. 5. ad lit. C. & thes. 6. lit. A. Schickhard. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. c. Rectè quoque in definitione ponitur: custodienda alicui traditur. Etenim hæc censetur forma depositi, per quam ab aliis contractibus, qui similiter re constituuntur, præcipuè distinguitur, hoc §. nostro, & d. l. 1. in princ. & l. propriè. 6. ff. depositi. d. l. 1. §. is quoque. 5. ff. de obligat. & actionib. Siquidem in reliquis contractibus, qui re ineuntur, res custodienda non datur; sed, ut vel accipientis fiat, ut in mutuo & in debito, de quibus supra initio & §. 1. hoc tit. vel ut eâ accipiens utatur, sicut in comodato, de quo supra §. proximo. vel ut eam in securitatem crediti habeat, ut in pignore, de quo infra §. proximo. Sed & ex illo verbo, custodienda, rursus differentia inter locationem, ut & precarium, & hunc depositi contractum perspicitur. In illis namque res conductori, & precarium roganti nequaquam custodienda, sed utenda traditur. l. 1. in princ. ff. de precar. l. si quis domum. 9. in princip. l. si merces. 25. §. 1. & passim. ff. locati. Martin. Bonacina in tractat. de contractib. & restitut. disput. 3. quest. 14. num. 2. pag. 683. Neque adversatur §. sed is, apud quem. 17. inst. de obligationib. quæ ex delict. nasc. ubi Justinianus ait, quod is, apud quem res deposita est, custodiam non præstet. Ibi enim custodia significat diligentiam mediocrem siue mediam, item exactissimam diligentiam, quam depositæ rei adhibere depositarius neutiquam tenetur, ut patescit ex hoc §. & bene notavit Dn. Collega Boer. in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 11. edit. 2. & in hoc §. num. 7. pag. 192. Cætera definitionis verba probationem suam recipiunt ex hoc §. nostro. d. l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. est autem. 22. & d. l. Lucius. 24. ff. depositi. Porro ex proposita explicatâ definitione satis (ut opinor) apparet, quid sit depositum. Unde parum curo Bo-

9 rianam Depositum definitionem: quam ipse quidem D. Boerius magis artificiam & logicam putat, in hoc §. num. 5. At malo nostram tinere definitionem, utpote dilucidam, quam istius obscuram æmulari diligentiam. Nam video magis è re Studiorum esse; perspicuè rem proponere, quam obscure. passim Jurisconsulti gravissimi; tam veteres, quam recentiores, contenti sunt ejusmodi rerum Juridicarum siue definitionibus, siue descriptionibus, ex quibus res probè intelligitur: paucique reperiuntur, quibus istiusmodi Labeones, qui doctrinæ fiduciâ multa innovare student, grati sunt. l. 2. §. ult. circa principium. ff. de orig. juris. Hinc rectè Francisc. Duarenus scripsit ad tit. ff. de probationib. c. 2. Jurisconsultis non opus esse logicâ siue dialecticâ definitione. Sed & ipse Galenus (qui aliàs à methodo laudem maximam meretur) lib. 4. de pulsuum differ. monet: ne quis se conjiciat in definitiones, de quibus nec inter ipsos Dialecticos satis conveniat. Idem explanatius persequitur Arumæus in tract. de mora. cap. 2. eumque laudans Dn. Collega Besoldus, in delib. jur. ex lib. 4. pand. tit. 3. num. 7. pag. 344. Hucque referenda sunt, quæ notavimus ad §. 1. supr. tit. de tutel. num. 2. & ad §. 2. supr. tit. de obligationibus numero 10. & aliquot subsequ.

Depositum etiam alii alias, easque varias constituunt species, de quibus videndi sunt Schneidevvinus hic num. 2. cum seqq. Mynsinger. num. Kling. num. 18. & Heigius num. 4. & seqq. Mozzius in tract. de deposit. cap. de divis. depositi. n. 16. Giphanus in Comment. de divisionib. jur. thes. 96. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. ad lit. H. Althusius lib. 1. juris Roman. c. 28. item d. lib. 1. Dicaolog. cap. 70. num. 4. cum seqq. pag. 241. Nicol. Rensner. lib. 3. Disput. 6. thes. 8. Richter. d. disputat. 5. thes. 2. pag. 118. & Pacius in Epitom. jur. Disputat. 12. thes. 18. ego tamen ejus duas potissimum species esse, cenfeo: quarum una perhibetur depositum in specie sic dictum: quando res non litigiosa, ab uno, vel à pluribus deponitur quod & simplex & vulgare depositum vocatur. l. 1. §. sed si duo. 44. & passim. ff. depositi. altera sequestratio dicitur. l. ei, apud quem. 5. §. 1. l. 1. propriè. 6. l. si in Asia. 12. §. cum sequestre l. licet. 17. ff. eod. l. sequester. 10. ff. de verbor. signification. l. unicus. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Treutler. Disputat. 26. thes. 4. vol. 1. Illudque subdividitur in voluntarium, quod ex libera voluntate deponentis proficiscitur: & necessarium, quod ex necessitate aliquâ descendit, veluti ruinæ, naufragii, tumul-

- multis, incendii. *dict. l. 1. §. 1. & 2. l. de eo. 18. ff. deposit. D.*
- 12 *Vultej. lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 2.* Prædictæ autem depositi divisionis neque ego, neque Dominus Collega Bocerus, auctores sumus, aut inventores: cum ea ab Azone, aliisque pluribus, à Treutlero *d. disput. 26. th. 4.* allegatis tradita reperiatur. Non igitur est, ut ægrè mollestèque ferat D. Bocerus, quod in priori editione ipsum pro auctore & inventore hujus divisionis non laudaverim. Licet enim ante annos triginta duos hanc depositi distributionem in Disputatione quadam (de qua, utpote obscuriore, nunquam cogitavi) proposuerit: non tamen sibi eam adscribere debet: cum Azo ante annos quadringentos, & quod excurrit (Mortuus etenim est anno Gratiæ millesimo ducentissimo: ut refert Johannes Fichardus *in vita ejus, pag. 227.*) eam reliquerit. Cæterum quod Bocerus me infimulat, quasi ego hujus divisionis me primum auctorem jactitem: in eo mecum agit pro more suo, ac suum ingenium (ex quo me fingit) suamque calumniandi libidinem apertè prodit. Nam cum expressè pro hac divisione allegaverim Treutlerum qui prænominatum Azonem, aliosque Interpretes adducit: profectò gnæviter impudentem & audacter calumniantem oportet esse eum, qui me tantæ arrogantiae accusare; ac quasi ego pro hujus divisionis primo auctore & inventore agnosci velim, scribere non veretur.
- 14 Quia verò omnes contractus requirunt consensum. *l. 1. §. conventionis. in fin. ff. de pact. l. in omnibus. 55. ff. de oblig. & actionib.* idcirco deponere, & apud se deponi permittere illi tantum possunt, qui intellectum habent, & consensum accommodare nesciunt. Ex quo confectarium est: quod infans, ne tutore quidem auctore, ex hoc depositi contractu alios sibi obligare, aut ipse obstringi queat. *§. sed quod diximus. 10. infr. de inutilib. stipulat. l. 1. §. hic proximus. 13. ff. de obligationib. & actionib. l. in negociis. 5. ibi, qui fari possunt. ff. de reg. juris.* Sic quoque nec furiosus. *dict. leg. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligationib. & actionib. dict. leg. in negociis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de regul. juris.* nec pupillus sine tutore. *l. quod pupillus. 41. ff. de condition. indebit. l. pupillus. 59. ff. de obligationib. & actionib. cum similib.* nec minor. *l. 3. Codic. de in integrum restitut. minor. vel prodigus. l. is, cui 6. ff. de verborum. obl. l. interdum. 29. ff. de condit. indeb. l. certi. 9. §. sed & si. 7. ff. de rebus creditis, & c. dict. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* absque curatore depositi tenentur: nisi in quantum locupletiores facti fuerint, vel dolum commiserint. *l. 1. §. an in pupillum. 15. ff. deposit. l. 1. & 2. Cod. si advers. creditorem. Dn. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 10. thes. 5. edit. 2. & in hoc §. num. 21. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. stipul. cap. 7. conclus. 10. num. 126.*
- 15 Deponi autem possunt omnes omnino res, quæ sub factum custodiamque cadunt, tam alienæ, quam propriæ: adeo, ut etiam, furi vel prædoni depositio rei furtivæ permittatur. *l. 1. §. si prædo. 39. l. bona fides. 31. §. 1. ff. deposit. l. non ab judice. 64. in princ. ff. de jud. si modò non apud rei dominum deponatur, Dominus siquidem rem suam, apud se depositam, restituere deponenti non compellitur. l. qui rem suam. 15. d. l. bona fides. 31. §. 1. in fin. ff. deposit. l. neq. pignus. 45. ff. de reg. jur.* Quinimò si apud alium fur vel prædo deposuit, domino petenti depositarius debet restituere. Tametsi enim bonæ fidei congruum est, ut rem recipiat, qui dedit: attamen totius rei æquitate inspectâ, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto continguntur, impletur; domino reddenda sunt, quæ facto scelestissimo ei adempta fuerunt. Hanc etenim probat Tryphoninus justitiam, quæ suum cuiq; ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione. *dict. l. bona fides 31. §. 1. vers. hæc est bona fides. ff. de pos. & inibi Wesenb. in Paratitl. n. 7.*
- 17 Sed perplexæ disquisitionis quæstio hic occurrit: an res quoque immobilis recipiat depositum? Et sanè frequentissimis Interpretum calculis negativa opinio recepta est: eamque, post Azonem in summa sua Cod. deposit. num. 5. sequuntur Accursius, Bartolus, Baldus, Salicetus & vulgò Dd. ad l. 1. ff. deposit. & Rubric. C. eod. ibique Sichard. numero 4. Panormitan. Felin. innocent. alique ad rubric. extr. cod. Angelus, Porcius, Clingius, Schneidevvinus, Mynsingerus, Wesenbecius, Schilbock, Heigius,

Bebio, Thadaus Pifo, Hottomanus, Vultejus & alii ad hunc §. nostr. Nicol. Mozzius in tractat. de deposit. cap. 1. n. 5. & cap. de reb. quæ deponi poss. num. 1. Coler. de processib. execut. part. 1. cap. 2. num. 67. & num. 104. in fin. Dn. Collega Besold. part. 2. delibator. jur. ex lib. 16. Pandect. quest. 14. pag. 165. Treutler. vol. 1. Disputat. 26. thes. 4. ad lit. d. Pet. Gregor. Tholosan, in Syntag. jur. univers. lib. 23. cap. 3. num. 4. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 14. Giphani. in Altdorph. lect. ad l. si rem. 47. n. 5. ff. de acquir. vel amitt. poss. Hackelm. disput. 9. thes. 13. Arumæus Exercit. 12. thes. 14. Locamer. questionum juridicar. fascic. 35. quest. 4. Forster. libr. 3. Disputat. 16. thes. 16. Paulus Berens disputat. 9. ad Institut. them. 3. quest. 1. Steinhansen in Paratitl. ff. depositi num. 6. Schickard. disputat. 12. thes. 6. sub lit. a. & resolut. quest. 1. Cludius in tract. de jure sequestrat. cap. 1. num. 19. cum seq. & cap. 8. num. 2. & seqq. Verum contraria affirmans sententia legum veritati magis videtur consentanea. Tum quia objectum depositi indefinitè in vocabulo rei constituitur. *l. 1. §. quæ depositis. 5. & passim. ff. deposit.* Rei autem vocabulum non minus immobilibus competere, quàm mobilibus, extra controversiam est. *l. rei appellatio. 5. ibique Dd. ff. de verborum significat.* Tum quia deponere nihil aliud est, quàm commendare, five rei custodiam alicujus fidei committere. *dict. leg. 1. in princip. l. Lucius. 24. vers. quid est enim. ff. deposit. l. commendare. 186. ff. de verb. significat.* At rei quoque immobilis custodiam esse, expediti juris est. *l. 3. in fin. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. si vendita. 11. ibi, in insula custodienda. ff. de peric. & commod. rei vend. l. dominus. 55. in princip. ff. locati.* Tum etiam quia & commodatum in re immobili consistit. *l. 1. §. 1. ff. commodat. & monitum supr. §. proximo. num. 13. in quo ipso etiam custodia præstanda est. l. si, ut certo. 5. §. custodiam. 5. ff. d. tit.* Atque huic decisioni, post Gæddem ad rubr. ext. de sequestrat. poss. & fruct. num. 10. cum seqq. & ad l. sequester. 100. num. 2. ff. de verbor. significat. ad stipulantur D. Bocerus class. 2. Disput. 10. thes. 7. ad lit. b. edit. 2. Plebst. Disputat. 2. de jure topico, Ducatus Württemberg. th. 16. ad lit. a. edit. 1. Hænonius disputat. 13. controvers. 11. Matth. Stephani. centur. 3. quest. 3. Vngepaur. Exercit. Inst. 10. quest. 6. pag. 397. edit. ult. Nebelius in them. dub. disput. 12. th. 4. lit. A. Setser. disp. ad Institut. 21. th. 12. lit. f. VVegner. disputat. 10. ad Institut. th. 6. lit. d. Knipschildt. d. exercitat. Acad. 4. q. 1. pag. 125. cum seq. Höflichius progymnas. decur. 6. posit. 4. lit. A. Hunnius Disput. 14. thes. 22. & libr. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 4. quest. 1. pag. 941. cum seqq. Stuckius. part. 1. Exercit. Instin. decad. 10. assert. 7. lit. c. Quirinus Kubach. cent. 1. quest. illustr. decur. 1. quest. 3. & Timaus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 13. sub lit. b.

Non obstat, quod nulla lex sit, quæ dicat, etiam rei immobilis depositum esse; nullumque rei immobilis depositæ exemplum in Corpore Justiniano extet. Siquidem non exemplis, sed legibus judicare oportet. *l. nemo judex. 13. Cod. de sentent. & interloc. om. jud. D. Georg. Mundius in Comment. de diffamationib. cap. 4. num. 85. pag. 120. ed. 1.* Nam & commodatum in re immobili consistere, apparet ex d. l. 1. §. 1. ff. commodat. & tamen ejus vix alibi expressum exemplum occurrit. Imò exempla depositæ rei immobilis extant in cap. 1. ext. de sequestrat. poss. & fruct. Clement. un. eod. c. examinata. 15. ibi, Ecclesiam sequestratam. ext. de judic. cap. 2. ext. de dol. & contum. l. si cum dotem. 22. §. si autem. 8. ibi, dotem sequestrari. ff. solut. matrim. & similib. quia sequestrationem (quæ, secundum jura modò allegata, etiam potest esse rerum immobilium) depositi speciem esse, exploratum est. *l. propriè. 6. ff. deposit. & ostensum supr. num. 11.*

Similiter non resistit, quod Ulpianus ait, depositum esse, quod custodiendum alicui datum sive traditum est. *dict. leg. 1. in princip. ibiq. gloss. ff. deposit.* rem autem immobilem neque tradi, neque dari, neque custodiri posse: cum neque loco moveri, neque manu in manum dari, neque latere, neque fugere, neque auferri, vel subtrahi queat. *§. quod autem. 7. vers. abolita. supr. de usucapionib. & long. temp. prescript.* Hoc, inquam, non resistit. Quod enim in d. vers. abolita. fundi locivè furtum non fieri dicitur: in causa non est custodia, aut factum tradendi; sed quod loco moveri non possit, & auferri:

& auferri: cum tamen furtum à ferendo appellatum esse putetur, rerumque duntaxat sit mobilium. §. 2. *infr. de obligationib. quæ ex delict. nascun.* §. 1. *ff. de furt.* Et si verò furtum locorum fundorumque fieri nequit: iis tamen vim inferri, incendium fieri, depasci eos, corrumpi, & multis aliis modis ob neglectam custodiam deteriorari posse, in confesso est. §. *quod autem.* 3. *supr. de usucapionib.* l. 1. §. *tot. tit. ff. & C. de vi, & vi armat. d. l. si vendit.* l. 1. *ff. de peric.*
 24 §. *commod. rei vend.* Sed & factum dandi tradendique in rem cadere immobilem, elucescit ex l. *si stipulatus.* 4. *ff. de usuris.* l. *stipulationes non dividuntur.* 72. *ff. de verbor. obligationib.* l. 1. l. 3. l. *tenetur.* 6. §. *sed si aream.* 2. §. l. *tibi.* 8. *ff. de actionib. empti.* Proindeque falsum est, quod nonnulli docent, tradere nihil aliud esse, quam è manu in manum dare: cum traditio significet quamlibet rei translationem, quæ modò nudum est factum, à causa possessionis jurisque vacuum. l. 2. *ff. de verborum obligationibus.* modò non nudum, sed cum causa. *dict. leg.* 3. *ff. de action. empti.* D. Gædd. ad d. rubric. tit. *de sequestrat. possess. & fruct.* num. 11. *Clud. d. tract. de iure sequestr. cap. 8. n. 6.*

25 Hic verò nova, quæ præclarissimum D. Bocerum incessit religio, me paululum subsistere jubet. Perstringit me ille numero 24. *pagin.* 194. quod prædicta argumenta ex Domino Gæddeo transcripserim. *Alienam operam* (inquit) *omnibus obviam transcribere integram, & meis Commentariis adponere, mihi religio esset, &c.* O religiosum hominem! Sed ô nimis in religione inconstantem. Nam ipsissima illa Gæddei argumenta hîc Doctor noster transcripsit, & suis classibus apposuit, d. *disput.* 10. *class.* 2. *pag.* 220. *th.* 1. Quid ergo, mi Domine Bocere? Ita ne religionem tuam mutas? Itane ab eâ recedis? Aut, num fortitan tibi licere putas, quod in aliis reprehendis? Certè, si quis omnia tua Scripta evolvat: deprehendet facilè, te quoque aliorum operâ usum esse: nihilque ferè in iisdem inveniet, quod non antea etiam sit traditum ab aliis: tantùm excipio quosdam errores tuos, qui sunt singulares. Nunquid ergo

Turpe est Doctori, cum culpa redarguit ipsum?

26 In custodiendâ porro re depositâ, depositarium tantummodò dolum, & latam culpam præstare teneri, liquet ex hoc §. nostro. l. 1. §. *ultim. si hominem.* 7. *in princip. l. si sine.* 20. l. *quod Nerva.* 32. *ff. depositi. l. si, ut certo.* §. 2. *ff. commodat.* l. 1. §. *is quoque, apud quem.* §. *ff. de obligationib. & actionib. l. contractus.* 23. *ff. de regul. juris.* eleganter Marcellus hic in suis not. & Iustus Mejer. in *Commentar. de culpa in contractib. præstandâ.* th. 115. Ejusque ratio duplex est: tum quia ille, qui negligenti amico rem custodiendam tradit; non ei, sed suæ facilitati id imputare debet, ut Iustinianus

27 hic in fine loquitur: & in simili respondit Paulus in l. cum mandat. 23. *in fine. ff. de minorib.* Tum quia depositum nullam depositarii, hoc est, ejus, apud quem deponitur; sed solius deponentis utilitatem continet. d. l. si, ut certo. §. 2. *ff. commodat.* Hænon. *Disputat.* 13. *controvers.* 12. Ar quid, si suis rebus summam adhibere diligentiam consueverit depositarius: an non hoc casu ad levem etiam culpam tenebitur? Non teneri, discimus ex hoc §. & jurib. præallegatis: ex quibus constat, nullam in deposito rationem culpæ levæ & levissimæ, nullam desidie aut negligentie habendam: sed solius doli & latæ culpæ præstationem esse: ut rectè monuit Treutlerus *volum.* 1. *Disput.* 26. *thes.* 2. ad lit. c. ubi Accursium dissentientem citat. Idem Treutler. latè *consil.* 34. *num.* 19. & *seqq. volum.* 1. Eâdem de re vide nervosè ac doctè differentem Frantzkiûm *exercitat.* 9. *quest.* 9. *pag.* 285. & *seqq. itemq. Locamerum d.*

28 *fascic.* 35. *quest.* 5. & 6. Enimverò excipiuntur nonnulli casus, quibus præter dolum & latam culpam, in deposito etiam culpa levæ & levissima præstatur. I. Si depositarius se deposito obtulerit. *dict. leg.* 1. §. *sape evenit.* 35. *ff. depositi.* Licet aliter sentire videatur Cludius. d. *tractat. de jure sequestrat. cap.* 11. *num.* 11. II. Si pro rei custodiâ mercedem acceperit. d. l. si, ut certo. §. 2. *vers. nisi forte.* *ff. commodat.* Ioannes Matienus in *repetit. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* *num.* 99. Tametsi hoc casu magis locatio propriè, quàm depositum censeatur. d. l. 1. §. *si quis servum.*

29 *ff. depositi.* Quanquam autem Dn. Collega Bocerus in hoc §. nostro. *num.* 34. *pag.* 196. autumat, manere deposi-

tum, utcumque merces intervenierit: tamen fallit se ipsum. Quomodo enim, obsecro, actio ex locato & conducto locum habebit in deposito? Proinde cum Ulpianus Jureconsultus in d. l. 1. §. *si quis servum.* 9. *ff. depositi.* aperte actionem ex locato & conducto esse dicat, si merces custodiæ intervenierit: non video sanè, cur erroneam & absurdam Boceri opinionem, præ verâ ac juri consonâ Ulpiani sententiâ, amplecti debeam; maximè cum D. Bocero nihil omnino suppetat, quod ad tam expressum textum respondere queat. Huc accedit, quod differentia specifica (teste ipsomet Bocero ad hunc §. *num.* 9.) quâ locatio & conductio secernitur à deposito, in eo consistit, quod depositum gratis fiat: in locatione verò & conductione merces interveniat pro custodiâ. d. l. 1. §. *si vestimenta.* 8. *ff. depositi.* Quæ ergo depositum erit, si merces interveniat? Hoc qui dicit: is æquè ineptè statuit, ac si hominem animal irrationabile esse diceret. Insuper D. Bocerus perperam & vitiosè in definitione depositi addidisset vocabulum *gratis*, si etiam mercede interveniente depositum maneret. Nam, teste Aristotele *lib.* 6. *Topic. cap.* 2. (cujusrigida præcepta in suis definitionibus se observasse videri vult D. Bocerus) omnis definitio, constans tali aliquo vocabulo, quo detractò, perfecta nihilominus relinquitur definitio, ea vitiosa est. Sed hæc planiora esse puto, quàm ut prolixiore refutatione indigeant. III. Si depositarius in mora restituendi depositum fuerit. l. *si in Asia.* 12. §. *ultim. ff. dict. tit. Clud. d. cap.* 11. *num.* 22. Osterman. *hic in suis rationalibus.* p. 68. IV. Si depositum solius depositarii gratiâ fuerit factum, ut in specie l. *si quis nec causam.* 4. *ff. de reb. credit. si cert. per.* V. Si nominatim convenierit, ut res deposita esset periculo ejus, qui suscepit. *dict. leg.* 1. §. *sape.* 35. *ff. depositi. dict. leg.* 5. §. 2. *ff. commodati. l. juris gentium.* 7. §. *sed & si quis.* 15. *ff. de pact.* ubi Pomponius, prout eum refert Ulpianus, ait: omne periculum, adeoque non id solùm, quod culpâ, sed & illud, quod casu fortuito accidit, ex pacto & conventionione spectare ad depositarium. Idem dicendum putat Accursius ad *dict. leg.* 1. §. *sape. ff. depositi.* & ad l. 1. *C. eod.* & alibi. si culpa, etiam levæ, casum præcesserit, *argum. d. l.* 5. §. *quod verò.* 4. *ff. commodat.* & d. l. *si in Asia.* 12. §. *ultim. ff. depositi.* & *similium.* Quæ opinio quantumvis à multis magni nominis Doctoribus recepta sit, nempe à Bartolo, Alexandro, Iafone, Castrensi, Zafio, & aliis, quos refert & sequitur Fachinæus *lib.* 2. *controvers. jur. cap.* 70. quibus assentitur etiam Ioan. Iacobus Plebst. *Disput.* 2. *de jure topic. Wûrtemberg. thes.* 17. ad lit. b. edit. 1. juri tamen nostro civili conveniens haud videtur. Depositarium etenim ob culpam levem non teneri: sed dolum duntaxat, & quæ huic proxima est, latam culpam præstare debere, notissimum est ex hoc §. & d. l. *quod Nerva.* 32. *ff. depositi.* & *similibus supra allegatis.* Si igitur depositarius culpam solam, & per se consideratam, præstare non cogitur: multò certè minùs eandem præstare compelletur, si præter culpam etiam casus fortuitus accesserit, eoque res interierit. Hujusque ratio perspicua est: quia fatalis interitus sive casus fortuitus efficit, non ut durius depositarius, sed ut minùs obligetur, *argument. d. l. contractus.* 23. *ff. de reg. jur.* & l. *quæ fortuitis.* 6. *Cod. de pignorat. act.*

Nec hanc nostram; ceu veriore, impugnat sententiam d. l. si, ut certo. §. 2. *ff. commodati.* ubi casus fortuitus imputatur ei, qui commodatum accepit, si aliqua culpa intervenit. Longè namque diversa est inter commodatarium & depositarium ratio. Commodatarius enim cum ob culpam quoque levem teneatur: mirum non est, si etiam ad casum fortuitum, qui ex levi ipsius culpâ resultat, adstringatur. At depositarius cum levæ culpæ nomine obligari nequeat, ut ex prædictis patet: nulla patitur ratio, ut de casu fortuito, qui ex levi proficiscitur culpâ, teneatur.

Neque etiam nostram definitionem evertit d. l. si in Asia. 12. §. *ultim. ff. depositi.* ubi Pomponius in hæc verba respondit: *Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec*

nec reddidit. In isthoc siquidem responso depositarius circa restitutionem tantum rei, non autem in re ipsa culpam commisit. Litem enim secum contestari passus est, nec depositum reddidit; cum id reddere potuerit. Itaque in mora fuit constitutus, quæ merito obligationem perpetuat. *l. si ex legati. 23. ff. de verbor. obligat.* Nec hanc frangit solutionem, si quis instando objiciat: culpam etiam in ipsam rem commissam perpetuare obligationem *l. si servum. 91. §. sequitur. 3. ff. d. tit.* proindeque depositarium, culpâ in rem ipsam admisâ, ad casus fortuiti præstationem adstringendum esse. *Etenim dicendum:* regulam illam, qua generaliter affirmatur, quod per quamvis culpam obligatio perpetuetur, non esse ad levem depositarii culpam applicandam: propterea quod nominatim & in specie tum hoc in §. nostro, tum alibi cautum sit, ob culpam levem non teneri depositarium. In toto quippe jure generi per speciem derogatur. *l. in toto. 80. ff. de regul. jur. Sed vide Ioannem Vandum, istam rem latius enodantem, variarum question. lib. 2. quest. 33. quem refert & sequi videtur D. Collega Bocerus class. 2. Disput. 10. thes. 21. ad lit. b. edit. 2.* Porro idem Bocerus rem istam novissimè aliter explicat in præsentis §. num. 31. pag. 195. ubi dictam *l. si in Asia. 12. §. ultim. ff. deposit.* accipiendam putat de eo casu, quo depositarius in dolo consistit. Sed qua ex causa, non video. Nec enim sequitur: depositarium continuo in dolo esse, si judicii accipiendi tempore potuit rem depositam reddere, nec reddidit: quandoquidem quælibet, etiam fatua, bestialis, temeraria, injusta, inepta atque infusa causa, à dolo excusat, *argument. l. igitur. 12. §. 2. & 3. ff. de liberali caus. glos. & Iason. in l. unic. §. ultim. num. 24. & seqq. ff. si quis jus dic. non obtemper. Menoch. consil. 31. num. 8. consil. 98. num. 34. & consil. 728. num. 15. Tiraquell. de pœn. tempor. caus. 43. Cothman. consil. 4. num. 6. & consil. 51. n. 14. vol. 3. hosque cum multis aliis referens D. Mundius in Commentar. de diffamationib. cap. 2. §. 3. 41 num. 37. & seqq.* Neque juvat Boceri explicationem *l. si quis inficiatus 13. ff. deposit.* Nam loquitur ille textus de eo, qui licet sciat, se reddere debere, nec ullam causam prætereendere possit, quò minus reddat: tamen rem depositam reddere non vult. Hunc dolo malo facere, rectè respondet ibidem Paulus Jurisconsultus. At idem de casu dictæ *l. si in Asia. 12. §. ultim.* absque divinatione dici nequit.

42 Cæterum quocunque tempore depositum sibi reddi depositor petit: res deposita restituenda est: etiam si convenerit, quo tempore depositum reddi debeat: quia cum deponentis gratiâ contrahatur: non prohibendus est pro arbitrio revocare contractum, & mutare voluntatem. *l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuero. 45. ubi Bartol. Castrensis. & Costal. ff. deposit. ibiq. in Paratitl. Wesenbec. num. 7.* Eo autem loco depositum est restituendum, ubi est sine dolo malo depositarii: nisi depositor suis impensis alibi reddi velit. *d. l. si in Asia. 12. in princ. & §. 1. ff. deposit. l. cum res. 47. ff. de legat. 1. l. quod legatur. 38. ff. de judic. aut convenerit inter partes, quo loco debeat restitui. l. ei, apud quem. §. §. 1. ff. deposit. l. in bona fidei. 7. & l. is, qui certo 9. ff. de eo, quod certo loco dari oport. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 13.* Et sanè eadem ipsa res, quæ data sive deposita est, in specie restituenda est, hoc §. nostro. & *l. 1. §. is quoque, apud quem. 5. ff. de oblig. & action.* nisi quantitas, veluti pecunia sit deposita, & conventum; ut tantundem redderetur. Tunc enim eandem quantitatem in genere eodem reddi, æquitati congruit. *l. Lucius. 24. l. die. 21. §. 1. l. si sacculum 29. §. 1. ff. deposit. l. in navem. 31. ff. locat.* Si quidem contractus ex conventionem legem accipiunt. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. deposit. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. oblig.* Vide Frantzkiu d. exercitat. 9. quest. 8. pag. 284. Quod si depositarius ob contumaciam restituere depositum nolit; vel ejus dolo, aut latâ culpâ res deposita perierit, ut restitui nequeat: officio judicis jus jurandum in litem depositori potest deferri, ut ejus arbitrio rei precium statuatur. *d. l. 1. §. in depositi. 26. ff. deposit. l. 2. §. 1. l. tutor. 8. ff. de in lit. jurand. l. 2. Cod. d. tit. D. Bocerus. d. class. 2. Disput. 10. thes. 30. edit. 2. & in hoc §. num. 42. pag. 197.* Fructus quoque, omnisque causa, & rei utilitas, itemque partus in restitutionem venit. *dict. leg. 1. §. & ideo. 24. ff. deposit. Azo in*

summa Codic. eod. titul. num. 26. Mozz. in tractat. de deposit. colum. 4. num. 1. & 2. usuræ autem sine morâ & conventionem non debentur. dict. l. Lucius. 24. dict. leg. die 25. §. 1. l. Publica. 26. §. 1. l. si sacculum. 29. §. 1. ff. deposit. l. 2. & l. 4. Cod. eod. Eaque de re enodatiùs tractant Duarenus in Commentar. tit. Cod. & Digest. depositi. cap. 4. Cujacius in Commentar. in lib. 9. question. Papin. pagin. 200. cum sequentib. Bronchorst. centur. 2. ἐν τριτοφάρον. assert. 4. edit. 1. & Trentler. volum. 1. Disputat. 26. thes. 7. ad lit. A.

Quæri haud infrequenter solet: si quis penes aliquem cistam sive valisiam signatam, vel simile quid deposuerit: utrum cista tantum, an & species inclusæ petendæ sint? Et utrumque petendum, verisimilius videtur. *l. 1. §. si cista signata. 41. ibiq. Bartol. num. 2. ff. de ofit.* Cæterum si cista illa referata vel dissigillata, indeque aliquid amissum fuerit; & quantum sit ablatum, ignoretur: tunc, deficientibus probationibus, juramento deponentis (habitâ moderatione judicis secundum personæ qualitatem) creditur. *d. l. 1. §. si quis argent. 40. vers. salvo eo. ff. d. t. l. si quando. 9. C. unde vi. Idem tradidimus in §. item exercit. 3. n. 11. infr. de obligationib. quæ quæ ex delict. nascunt.* Cur autem tam severè contra depositarium lex statuerit, ratio hæc assignatur: quia iniquissimum esse judicavit, depositarium deponentis amici fidem, quam de eo habuit amicus, ita turpiter debuisse fallere: ut post Aristotel. *lib. problem. section. 29. quest. 2. & 6.* docuit Menochius *lib. 2. de arbitrar. judic. quest. centur. 3. ca. 208. num. 28.* Veruntamen deponentis juramento contra depositarium non statuitur, si facti & personarum qualitas aliud suaserit: ut, si cista per se facile referari potuerit: & depositarius sit vir probus & bonæ famæ, spectatæque fidei: vel si deponens non consignasset valisiam hospiti, sed eam ita simpliciter in diversorio reliquisset: vel si illi custodiam non mandasset, sed eam ipse retinisset, aut denique, omni se culpâ vacare, depositarius probare vellet: de quibus & similibus casibus exceptis plenissimè agunt Iohan. Baptista Plotus in *d. l. si quando 9. §. 10. n. 6. cum seqq. C. unde vi. Mascard. vol. 1. de probation. conclus. 507. Hippolyt. de Marsil. ad rubr. C. de probat. num. 134. Heigus in hoc §. nostro, num. 35. Menochius d. ca. 208. num. 30. & multis seqq. aliis, per hunc relati.* Eadem de re jus nostrum renovatum Würtembergicum sequentibus disposuit verbis, *part. 2. tit. 3. pag. 246.* So in einem beschlossenen oder versigeltten Faß/Kisten oder anderm/jemand etwas hinderlegt/ oder zu behalten vertraut/ und ihm die hinderlegte Stuck nicht sonderlich gezeigt/ oder dargezehl/so ist er/wann er solch Faß/oder Kisten beschloffen oder versigelt/wie ihm solches zugestellt/wieder antwortet/nicht schuldig um jedes Stuck besonder Red und Antwort zugeben. Es wäre dann einige Gefahr oder Betrug darbey gebraucht worden. Da aber die Sigillen abgerissen/oder die Schloß geöffnet/das Faß/Kisten/oder anders auffgethon/ und etwas darauß verändert/auch der Hinderleger bewiese/das solches gefährlicher weise/ bey dem/der es hinder ihm gehabt und verwahrt haben solt/beschehen. so sol er auf sein begehren mit seinem And/was in dem Faß/ oder Kisten gewesen/ zu erhalten zugelassen werden. So er aber kein Betrug bewiesen/auch der/hinder den die Haab gelegt/ ein redlicher Mann/ gutes Namens/und sich mit seinem And zu entschuldigen/ das er solch Faß oder Kisten nicht auffgethon/noch dessen einiges wissen/und Schuld habe/sol er ledig gesprochen werden. Doch sollen in jetztgemelten Fällen/die offene Gastgeber oder Wirth/mehr dann andere/und zum höchsten Fleiß/also verbunden seyn/das sie nichts/dann allein ohnversehens zugestandene Unglücksfall/entschuldigen mögen.

Porro si pecunia, nec clausa, nec obsignata apud aliquem deposita fuerit, & convenerit, ut tantundem restitueretur, non mutuum, sed depositum, potius contractum videri, evincitur perspicuè ex *l. Lucius. 24. l. die sponsaliorum. 25. §. 1. & l. si sacculum. 29. §. 1. ff. depositi.* In hisce enim locis omnibus habetur, quod usuræ pecuniæ, sic depositæ, ut non eadem, verum tantundem redderetur, præstari ex conventionem debeant. Atqui usuræ ex mutuo non debentur, et si de illis præstandis ab initio convenerit. *l. quamvis. 3. ibique glos. C. de usur.*

Non igitur in proposito casu mutuum, sed depositum contractum intelligitur. Hancque sententiam pluribus defendit D. Hunnius *l. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 3. part. 4. quest. 2. pag. 944. & seqq.* contra dissentientes Hotomanum *lib. 4. observ. 10.* & Nicolaum Bellonum *lib. 1. supputation. cap. 7.* Vide quoque Kubachium *cent. 1. question. illustr. decur. 1. q. 4.* Quæri & illud non inconvenienter poterit: an etiam depositarius quovis tempore & pro lubitu rem depositam invito, neque reposcenti deponenti restituere valeat? Et quamvis id affirmant Treutler. *vol. 1. disput. 26. th. 5. sub lit. b.* & ibidem Hunnius *in suis resolut. pag. 1673. cum seqq.* contrarium tamen verius esse putaverim. Tum quia contra legem depositionis facere non potest, qui semel officium suscepit: quoniam ex post facto fiunt necessitatis, quæ ab initio erant voluntatis. *l. sicut. §. C. de obligat. & act. §. mandatum. 11. infr. de mandat. l. si quis. 27. §. 2. ff. eod. l. in commodato. 17. §. 3. ff. commodati.* Tum quia eam ob causam deponimus res nostras, & in iis custodiendis alterius operam imploramus, quod ipsi eas non possumus custodire. Sed si depositarius invito deponente eas pro lubitu restituerat: hunc depositi finem transgrederetur; hocque modo redundaret in odium deponentis, quod tamen in ejus favorem introductum est, *contra l. legata inutiliter. 14. ff. de adim. vel transf. legat.* Tum postremo quia non verum esset, quod pro lubitu deponens rem suam repetere posset, *contra d. l. 1. §. est autem. 22. & §. si deposuero. 45. ff. depositi.* Nec obstat ratio à Treutlero prædicto loco adducta: quod scilicet depositarius tantum ad restituendam, non etiam ad servandam teneatur. Nam falsa est isthæc ratio: quippe negotio contracto, & officio suscepto, depositarius obligari cœpit non tantum de re restituenda, sed etiam servandâ. *Wesenbec. in Paratit. ff. depositi. num. 5.* Enimverò istud limitari debet, si justissima & gravissima causa supervenerit. *l. ei, apud quem. §. §. fin. ff. eod. Richter. in tractat. de contractib. disput. 5. th. 1. sub lit. k. pag. 113.*

49 Actio ex deposito nascitur duplex: una directa, altera contraria: id quod satis arguit inscriptio tituli Digestor. quæ ita concepta est: *Depositum, vel contra.* Sicuti in commodato, cum agitur commodati, vel contra. Una enim hic est actio principalis; altera autem est veluti secundaria. *l. in commodato. 17. §. 1. ff. commodati.* Quoties agitur ad id, de quo principaliter contractus initus est, tunc datur actio directa: quæ actio ei competit; qui deposuit rem; adversus eum, apud quem res deposita est. De eo namque principaliter negotium contractum est, ut res custodiatur, & postea reddatur, cum deponens eam repetere voluerit. Sed utilitatis causa receptum est: ut depositario contra; id est, vicissim etiam liceat experiri certis ex causis: & ea actio dicitur contraria, *ut belle notavit Duarenus ad t. ff. & C. de commodato. cap. 3. & ad tit. Cod. & Digest. depositi, vel contra. cap. 2.* Et certè directa depositi actio non solum deponenti, sed & heredibus, cum rei sit persecutoria, cæterisque successoribus accommodatur. *l. 1. §. hac actio. 19. ff. depositi.* singulis tamen pro portione hereditaria, ut & reliqua jura. *l. 2. C. de hereditat. actionibus. l. ea, quæ. 6. C. famil. erisc.* Quod si res individua sit deposita: uni agenti, præstitâ satisfactione, restituatur; aut in ædem sacram deponetur: hæcque ratione depositarius omni actione & periculo liberabitur. *d. l. 1. §. si pecunia. 36. cum §. seq. ff. depositi.* In heredem quoque ejus, apud quem depositum est, hæc actio datur in solidum; vel si plures sint, in quemlibet eorum pro eâ parte, quâ heres est. *l. si hominem. 7. §. 1. ff. eod.* nisi res divisionem non recipiat; quo casu quilibet in solidum, sed in condemnationem pro eâ parte, quâ heres convenitur. *l. si duo. 22. ibiq. Accursius. ff. d. tit. & ibidem in suis Paratit. Wesenbec. n. 9. & Steinhaussen n. 5. item Duaren. c. 4. ad finem.* Planè, hæc actio si instituatur, & depositarius apud se rem depositam esse, in lite inficietur: si tumultus, incendii, ruinæ, vel naufragii causâ res sit deposita, depositarius convictus in duplum condemnatur, non etiam ejus heres: nisi de hujus dolo agatur. *l. 1. §. 1. & seqq. l. de eo, quod tumultus. 18. ff. depositi. §. rei persequenda. 17. vers. planè si depositi. infr. de action. Fürstlich Württembergisch*

Ernewert Landrecht *part. 2. tit. 3. p. 247.* Hæcque depositi actio illo gaudet privilegio: ut is, qui eâ experitur, omnibus creditoribus, etiam privilegiatis, quique tacitum vel expressum pignus non habent, præferatur. *dict. l. si hominem. 7. §. 1. vers. & ante privilegia. ff. depositi. l. si ventri. 9. §. in bonis. ibiq. Ripa. ff. de privil. cred. Straccha in tract. de decoctor. part. ult. Heigius hic n. 30.* Nulla item compensatio, deductio, vel doli, aut non numeratæ pecuniæ, aliave altiore indaginem requirens exceptio, isthanc actionem excludit. *l. penult. C. depositi. l. fin. C. de compensat. l. in contract. 14. §. 1. C. de non numerat. pecun. §. in bona fidei. 30. ubi id explicui paulò latius. n. 25. & 29. infr. de action. Oldendorp. class. 4. act. 23. pag. mihi 673. §. quæ ratione, & c. Sebast. Medic. in tract. de compensat. part. 1. q. 19. Eman. Costa in l. si ex cautione. 3. limut. 2. n. 1. & seqq. C. de non n. pec. Mozz. in tract. de depositi. col. 4. n. ult. Hunnius Disp. 20. ad Inst. thes. 16. Arumaus exercit. Inst. 12. th. 16. Andr. Gerhardi decad. 13. q. 2. Schickhard. Disp. ad Inst. 12. thes. 6. sub lit. b. in fine, & resol. q. 5.* Enimverò retentionem in deposito ob impensas dari, concludunt Casp. Schifordeghker. *part. 1. tract. 1. q. 3.* eumq; laudans Valentinus Riemer. *dec. 9. q. illustr. 9.* Præterea hac actione condemnatus, adeò confestim ac præcisè rem restituere tenetur: ut illi quadrimestre tempus (quod aliis debitoribus ad judicatum solvendum est indultum. *lib. 2. C. de usur. rei judic.*) haud indulgeatur, *arg. d. leg. 1. §. est autem. 22. ff. depositi. & d. leg. penult. ibi illico modis omnib. compellat. C. eod. Wurmbser. lib. pract. observ. tit. 23. obs. 1.* Imò suo nomine conventus & condemnatus, infamiæ maculâ notatur. *l. 1. l. furti. 6. §. si quis alieno. ff. de his, qui not. inf. m. l. qui depositum 10. ubi gloss. Bartol. & Castrenf. Cod. depositi.* Quod si, depositore invito, rem depositam contrectarit depositarius: & hæc depositi, & furti actio, itemque conditio furtiva competit, *l. si quis inficiatus. 13. §. 1. l. si sacculum. 29. in princ. ff. eod.* Sed & depositorem rei vindicatione rem suam depositam repetere posse, enucleati juris est. *l. 1. in fine. & ibi Sichardus. n. 2. C. eod. tit. l. officium. 9. ff. de rei vindic. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 10. thes. 37. edit. 2.*

Actio depositi contraria tribuitur depositario, ejusque heredi, in deponentem, & ejus heredem: ad recuperandos sumptus, in rem depositam necessario & utiliter factos *leg. ei, apud quem. §. in princ. l. si in Asia. 12. leg. actione. 23. ff. depositi. ibiq. in suis Paratit. Steinhaussen n. 5.* Non autem, ut in directâ, ita & in hac contrariâ actione, in litem juratur: quia non de fide ruptâ, sed de indemnitate eus, qui depositum suscepit, agitur. *d. leg. ei, apud quem. §. in princ. ff. eod. Oldendorp. class. 4. action. 23. p. 676. n. 5.* Ideoque hoc in judicio damnatum infamia non sequitur. *§. ex quibusdam. 2. infr. de pæn. temer. litigant. l. furti. 6. §. u. t. ff. de his, qui notant. infam. Schneidevvin. in hoc §. n. 21. & Wesenbec. in Paratit. ff. depositi. num. ultim. Joh. Cöppen. lib. 2. observat. 14. num. 3. Döringius in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. verb. actio depositi. numero. 3. fol. 305.*

Hæc de speciali sive vulgari deposito breviter explicata sufficiant: succedit modò *sequestratio*: quæ est rei litigiosæ à pluribus facta depositio, *definitore Treutlero Disp. 26. thes. 8. volum. 1. Alias definitiones videre est in tract. meo de process. judiciar. decad. 23. conclus. 1. ad lit. D.* Dictaque est à sequestro, qui est is, apud quem fit ejusmodi depositio. *l. sequester. 110. ff. de verborum signification. l. licet. 17. ff. depositi.* Sequester autem, *auctore Modestino*, dicitur à sequendo: non tamen, quod ipsi depositores fidem illius sequantur; sed quod ipse sequester quasi sequatur eos, qui de re contendunt, paratus eam restituere partialiter utri, cui ex lege depositi ipsam reddi oportet. *d. leg. sequester. 110. ff. de verborum signific. D. Bocer. class. 2. Disputat. 10. thes. 11. & Disput. 11. thes. 2. edit. 2. item in hoc §. num. 65. pag. 199.* Atque istam Modestini Jurisconsulti etymologiam: contra alios, erudite & copiose defendunt *Gæddens ad rubr. titul. Decretal. de sequestrat. possess. & fruct. num. 4. cum seqq. & Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 1. num. 6. & seqq.* Illis porrò definitionis verbis (*rei litigiosæ à pluribus*) discriminatur à sequestratio à deposito in specie si appellato.

In sequestrum enim tantummodo res litigiosa seu controversa venit: at depositum rem etiam non controversam admittit. Requiritur item in sequestro, ut duo pluresve deponant: depositum verò à parte deponentis unica duntaxat persona contentum est. *d. l. licet. 17. in pr. ff. de posit. Ioan. Bauman. in tr. de sequest. c. 1. n. 12. & seqq.*

61 Hic obiter notandum: sequestrum & sequestrationem pro uno eodemque accipi. Nam tametsi rem pensiculatorius consideranti videri potest, sequestrationem à sequestro differre, quantum factum à iure, ita ut sequestrum juris, sequestratio facti esse censeatur: usus tamen hæc duo vocabula confundit, adeoque unum pro altero accipitur: *ut videre est apud Franciscum Curt. in tractat. de sequest. Angel. Perus. in tractat. sequest. Iacobum de Arena in tractat. de sequestrationibus. Wesenbec. consil. 7. per tot. hosque citantem Cludium d. cap. 1.*

62 num. 22. Sed & illud monendum est: quòd, etiamsi Doctores communiter, sequestrum seu sequestrationem atque arrestum unum idemque esse, existiment, *Quintil. Mandos. in tractat. de monitor. question. 8. num. 3. & question. 10. num. 3. Mynfinger. decad. 7. respons. 66. num. 14. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 81. 112. 157. & 159.* toto tamen genere arrestum à sequestratione differat. Arrestum quippe est impedimentum sive interdictum, ne res aut persona loco, vel statu suo moveatur. *Molin. ad consuetud. Parisiens. part. 2. §. 52. glos. 1. in verb. arresto. n. 1. & seq. Petr. Peck. in tractat. de iure sistendi. cap. 1. num. 4. hosque referens D. Bocer. d. Disp. 11. thes. 1. ad lit. C. & in hoc §. num. 66.* Sequestratio sive sequestrum quid sit, ex definitione supra positâ liquet. Deinde sequestrum depositi species est, atque ita contractus: arrestum neque depositum est, neque contractus, sed manuum quædam injectio. *Conrad. Lag. in method. jur. part. 5. cap. 32. de execut. rei judic. num. 23. Pyrrhus ad consuet. Aurel. rubr. de execut. instrument. cap. 5. 10. & 12.* Nos Germani dicimus: in Verbot legen / anhalten / arrestiren / auffhalten. *D. D. Besold. in thesaur. practico. lit. A. num. 58. & idem Besoldus & Ioan. Georg. Kierner. in disputat. inaugurali. de iure sequestrationis. th. 15.* Præterea sequestrum fit causâ custodiæ, & tantum in re litigiosa. *d. l. sequester 110. ff. de verbor. signific. l. propriè. 6. ff. de posit. Arrestum non fit custodiæ causâ, nec in re litigiosa solummodò; sed tam in personam, quam in rem quamlibet, etiam non litigiosam, exercetur. In arrestis siquidem alicui à Magistratu interdictur, ne excedat ex eo loco, in quo inventus est, nisi rebus cum eo compositis, qui de illo apud iudicem questus est. Pyrrhus d. cap. 12. eumque laudans Cludius d. tractat. de iure sequestrat. cap. 2. num. 6. Vide Berlichium part. 1. conclus.*

63 *tion. practicable. conclus. 50. & 51.* Sic à sequestratione missio in possessionem ex primo decreto plurimum differt: quoniam illa tam partium conventionem, quam iudice auctore fieri potest: hæc nunquam sine iudicis decreto & cognitione. *l. jubere. 4. ff. de iurisdic. l. dies. 4. §. 1. §. duas. 3. §. hoc autem. 8. ff. de dam. infect. l. 2. ff. quib. ex caus. in possess. eat. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Missus insuper in possessionem ex primo decreto, maxime in actione reali, post annum verus possessor efficitur. *l. possideri. 3. §. ultim. ff. d. tit. c. quoniam. 5. §. in aliis verò. ext. ut lit. non contest. non procedat.* In sequestratione autem hoc legibus cautum non reperitur. *Innocent. in c. ex literis. 2. num. 2. ext. de dol. & contumac. Angel. in l. si quis emptionis. 8. §. sed & si quis. num. 5. Cod. de prescript. 30. vel 40. annor. Alexand. in d. l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Coler. d. part. 1. de process. execut. cap. 2. num. 66.* Adhæc in possessionem missio non tantum ei, qui missus est, sed & aliis, eandem causam habentibus, prodest, nocetque. *l. cum unus. 12. ff. de reb. auctorit. judic. possid.* Sequestrum verò prodest nocetque tantum deponentibus. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. D. Gæddens ad d. rubric. de sequestrat. possess. & fruct. num. 21.* Hoc amplius sequestratio fit penes tertium, qui non est in lite. *d. l. sequester. 110. & ibi Alciat. num. 2. ff. de verbor. sign.* Sed missio in possessionem uni ex litigatoribus decerni-

tur. Creditor etenim seu actor in possessionem rei mittitur. *d. c. quoniam. 5. §. in aliis. ext. ut lit. non contestat. non proced. dict. l. 3. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. cap. 1. ext. de dol. & contumac.* Denique missus in possessionem ex primo decreto jus pignoris prætorii consequitur. *l. si finita. 15. §. ex hoc edicto. 11. ff. de dam. infect. l. 1. & 2. C. de prætorio pignor. c. fin. ext. de eo, qui mittitur in possess. & c.* In sequestro autem nihil juris in sequestrum transfertur. *d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. Clud. prædicto c. 2. num. 19. ubi hanc rem persequitur latius.*

64 Dividitur vulgò sequestratio in voluntariam sive conventionalem, & necessariam sive judicalem seu prætoriam. Voluntaria est rei litigiosæ depositio, quæ fit merâ partium litigantium voluntate ac conventionem. *l. ei apud quem. 5. §. 1. ibi, cum sequestre convenit. & §. 2. ibi, qui eum elegerant. l. propriè. 6. ibi, certâ conditione custodiendum traditur. l. licet. 17. §. 1. ibi, idem agitur eâ depositione. ff. de positi. l. si qua sunt. 5. ibi, ex consensu eligendus est amicus. ff. familia ercisc. l. interesse. 39. ibi, qua mente apud sequestrum deponitur. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. postquam. 5. §. 1. vers. sed si nec ipsi, ff. ut legator. seu fideicommissor. servandor. caus. cav. l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionibus.* Necessaria perhibetur, quæ à iudice, adhibitâ causæ cognitione, decernitur. *l. unic. ibi, sequestrationis necessitas. C. de prohibit. sequestr. pecun. l. si fideiussor. 7. §. ultim. ibi, si hoc iudici sederit. ibique Costalius. ff. qui satisfacere cogant. cap. 1. 2. & 3. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clement. unic. eod.* Atque hanc sequestrationis partitionem quamvis Clarissimus Dn. Bocerus, Collega meus, ut non satis logicam, aliquatenus rejiciat, *class. 2. Disputat. 20. thes. 13. & Disputat. 11. thes. 17. edit. 2.* ego tamen eam, tanquam prædictarum legum auctoritate satis suffultam, concordibus omnium ferè interpretum, tam veterum, quam neotericorum, calculis receptam, tot seculis approbatam, & quasi usu præscriptam omnino retinendam iudico, *argument. l. minimè. 23. & l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quaestor. & l. si idem. 11. ibi, Sabino, Cassio, Proculo placuit. ff. de iurisdic. Eandem quippe probant & tutantur, Iacobus de Arena in tractat. de sequestrat. num. 2. & 3. Azo ad titul. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. num. 3. Iason. in d. l. si fideiussor. 7. §. fin. ff. qui satisfacere cogant. Corasius lib. 3. Miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 1. Mynfinger. centur. 5. observat. 35. Gail. in tractat. de arrest. cap. 12. num. 1. Schneidevvinus in hoc nostro §. num. 5. Sebast. Medic. in tractat. de conservand. possess. glos. 2. part. 1. num. 289. Sichardus numero. 4. & Gilkenius num. 2. ad titul. C. de prohibit. sequestrat. pecun. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 55. Giphanius in Commentar. de divisionibus. jur. thes. 97. Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 33. num. 3. Gæddens ad cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 79. cum seqq. Cludius in tractat. de iure sequestrat. cap. 3. num. 2. Hackelman. Disputat. 9. thes. 14. lit. a. Bauman. dict. tractat. de sequest. cap. 2. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 10. assert. 6. lit. K. Arnold. Vinnius lib. 4. Jurisprud. contracta. cap. 8. pag. 247. Steinhaußen in Paratitl. ff. de positi. num. 6. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tractat. 3. part. 4. quest. 3. pag. 947. & seq. Dn. Collega Besoldus & Kierner. d. disput. de iure sequestrationis. thes. 24. cum seq. aliq. ab iis citari.*

65 Verum huic divisioni, pluribus non solum legum momentis stabilitæ, sed etiam non contemnendis magnorum & omnium ferè (ut paulò ante dictum) Jurisconsultorum auctoritatibus corroboratæ, noviter repugnat Dn. Bocerus, Jurisconsultus haud incelebris, in hoc §. nostro num. 67. & seqq. pag. 200. Rationes ipsius quibus ad impugnandam hanc receptam divisionem utitur, admodum frigida sunt, & in hoc potissimum consistunt: Depositum & sic etiam sequestratio, est contractus. At sequestratio necessaria non est contractus: cum in eâ non interveniat consensus partis, utpote quæ iudicis fit auctoritate. Ergo sequestratio necessaria non est depositum: & consequenter nec sequestratio. Sed ad hanc & similes objectionunculas sufficienter respondet Hunnius, dicto loco.

67 Nempe negatur minor propositio. Nam etiam in sequestratione necessariâ intervenit consensus, si minùs expressus, saltem tacitus: quandoquidem sequestrationi causam præbens, tacitè ipso facto in sequestrem consentit. Non igitur deficit contractus, utcunque iudicis auctoritas intercedat: sicuti nec stipulatio prætoris, quæ iussu prætoris interponitur, desinit contractus esse, licet captis pignoribus quispiam ad eam cogatur. Cæterum quod attinet ad Bocerianam sequestrationis divisionem, qua eam in propriam, & quasi sequestrationem dispertit: quoniam ea satis, solideque confutata est à D. Gœddæo, in repetitione d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 8. pag. 117. edit. 2. de illa plura dicere supersedeo.

68 Porro voluntariam seu conventionalem sequestrationem semper & ubique permissam esse, præallegati Interpretes uno ore attestantur, argument. dict. leg. ci. apud quem. §. 1. & l. seq. ff. deposit. dict. leg. interesse. 39. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodat. dict. leg. si quæ sunt. §. ff. famil. ercisc. & similitum. Baldus & Salicet. num. 3. in dict. leg. unic. Codic. de prohibet. sequestrat. pecun. Hujusque assertionis ratio manifesta est: quia rerum suarum quilibet liberam habet moderationem, liberumque arbitrium, l. in re mandata. 21. Cod. mandat. l. sed & si 25. §. consuluit. 11. ibi, dum re suâ abuti putant. ff. de hereditat. petit. & contractum inire, in cuiusvis positum est voluntate. l. sicut. 4. C. d. obligat. & actionibus. juriq. pro se introducto

70 quisque renunciare potest. l. penult. C. de pact. Nec obe- rit, si obiciatur, quod à iudice fieri nequit, id nec à privato privatâ conventionem fieri posse: proindeque sequestrationem etiam, quam iudex regulariter concedere non potest, nec à partibus posse concedi, argument. l. 3. ff. de testib. l. non videntur. 167. §. qui iussu. & l. is damnum. 169. ff. de regul. jur. Nam respondetur: multa posse fieri à privato privatâ conventionem, quæ iudex facere non potest. Verbi gratia: partes contrahentes certam pœnam conventionem constituere possunt, ubi nulla est. l. magnam. 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat. iudex non potest. l. 1. §. quorum. 4. ff. ad senatuscons. Turpill.

71 Sic partes possunt testi juramentum ab eo præstandum remittere. c. tuis. 39. ibique glos. ext. de testibus. l. ult. in fine. Cod. de temporib. appellation. Iohan. Ferrar. Papiens. in forma oppositionis contra testes. in verb. & non jurati. num. 2. iudex non potest l. iurisjurandi. 9. Cod. de testib. can. hortamur. 19. caus. 3. question. 9. c. nuper nobis. §. 1. ext. de testib. Sic quoque alter litigantium rectè se adstringit ad dictum & testimonium adversarii, ut eo absolvatur, vel condemnetur. l. cum proponas. 6. & l. delata. 9. C. de reb. credit. & jurejur. l. fin. Cod. de fideicommiss. c. Quinta val- lis. 23. ext. de jurejur. idem iudici concessum non est, argum. l. prolatam. 1. C. de sentent. & interloc. om. jud. l. fin. C. de rei vindicat. Gœddæus ad d. cap. 1. de sequestrat.

72 possess. & fruct. num. 105. Ex contrario multa iudici sunt permissa, quæ partibus sunt prohibita: veluti, Iudex potest sententiam interlocutoriam revocare: quia ea, quoad iudicem, nunquam transit in rem judicatam. l. quod iussit. 14. & ibi Bartol. Alexand. Gothofredus & Dd. communiter. ff. de re judicat. Marant. in tract. de ordine judicior. part. 6. tit. de sententia. num. 7. At partibus id non est licitum: quoniam sententia interlocutoria, quoad partes, in iudicatum facit transitum, argum. c. cum cessante. 60. ubi glos. & Panormitan. ext. de appellationibus. Iason in d. l. quod iussit. 14. num. 27. & seq. ff. de re judic.

73 In tantum autem sequestratio voluntaria legibus est permissa, ut interdum lex ipsa rem litigiosam sequestrò ponere hortetur. Etenim si plures sint coheredes, communia hereditaria instrumenta habentes; utile visum est, ut inter eos conveniat, hæc apud majoris partis heredem, vel quem major pars elegerit, deponere. d. l. si quæ sunt. §. ff. famil. ercisc. Coler. d. part. 1. de processib. execut. cap. 2. num. 123. Sic etiam, si legatorum, fideique commissorum causa caveri oporteat: probatum est, ut virum bonum ab utraque parte eligant, apud quem, ut seque- stre, fructus deponantur. d. l. postquam. §. §. sed si nec ipsi ff. ut legator. servand. caus. caveat. Cæterum necessa-

riam sive judicialem rerum tam mobilium, quàm immo- 74 bilium, tam corporalium, quàm incorporalium & quan- titatum sequestrationem, non solum civili, sed & cano- nico jure regulariter prohibitam vetitamque esse, cre- brius, & meritò quidem (frustrà reclamantibus Johanne Roberto lib. 1. sententiar. jur. cap. 5. Cujacio in Paratitl. Cod. de prohibet. sequestrat. pecun. Fornerio in d. l. sequester. 110. ff. de verb. significat. & novissime Schrötero diatri- bar. demestic. decad. 7. quæst. 5.) obtinuit d. cap. 1. ibi, pro suo arbitrio sequestrari. & ibi, mandato sequestration- penitus revocato. de sequestrat. & possess. & fruct. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. d. l. uni. C. de prohibet. sequestr. pecun. ibiq. Azo. Bartol. Bald. Salicet. Duaren. & Suchard. Rebuffus in d. l. sequester. 110. §. prima ergo sit conclusio. & ibid. Alciatus & Brechans. ff. de verbor. signific. Hun- nius d. libr. 3. var. resol. tract. 3. part. 4. quæst. 4. pag. 949. cum seq. Gail. in tractat. de arrestis cap. 1. num. 7. Mynsinger. d. cent. 5. observ. 35. pluresque alii, quos lau- dant & sequuntur D. Gœddæus ad d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. n. 83. & Cludius d. tr. de jure sequestrat. c. 4. n. 2. itemque Knipschildt. exercit. 4. q. 8 p. 133. & seq.

Conclusionis hujus rationes adferri solent multiplices. 75 I. Quia nemo in possessione sua, ne rescripto quidem su- premi Principis, est turbandus. l. meminerint. 6. C. unde vi. l. si quis. 7. quis. 7. C. ad L. Iul. de vi publ. cap. 1. ut lite pendente nihil innovet. c. conquerente. 7. & ibi Panorm. num. 7. de restit. spoliator. Sequestrationem autem esse quandam possessionis turbationem, vel ex eo liquefcit, quòd possessor rei controversæ sive litigiosæ sequestratæ fructus non percipit, sed penes sequestremanent: id- que pluribus probat Wesenbecius consil. 7. num. 4. & 7. II.

76 Quia ab executione processum inchoari, juri minimè congruit. l. 1. ibique Dd. C. de execut. rei judicat. adeò, ut etiam sententia, contra ordinem juris notorium lata, ipso jure nulla existimetur. l. prolatam. 4. Cod. de sentent. & interlocut. om. jud. Atqui sequestrationem esse quandam executionis speciem, negari non potest: uti tradiderunt Francisc. Curt. de sequestrat. num. 75. & Colerus d. part. 1. de process. execut. c. 2. num. 81. III. Quia nullus con-

77 tractus sine consensu, vel vero, vel præsumpto perficitur. l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. 2. l. 3. & 4. ff. de obli- gat. & act. Ast in sequestro judiciali nec verus, nec præ- sumptus consensus interponitur: nisi lex expressa, quæ hic destituimur, eum suppleat, & inesse præsumat: quo- niam facti est magis, quam juris. l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c. Ergo judicialis seque-

78 stratio, utpote quæ species contractus est, fieri regulari- ter non potest. Hænon. disputat. 13. controvers. 13. IV. Quia non solum jurisratio dictitat, ut actor, qui reum sibi condemnari cupit, intentionem suam plenè probet. l. 2. & l. quingenta. 12. ff. de probationib. l. actor. 25. C. eod. l. qui accusare. 4. C. de edend. d. l. unic. C. de prohibita se- questrat. pecunia. verum etiam ipsa æquitas hoc persua- det. Iniquissimum namque foret, lite super re quadam motâ, & actore nihil probante, sicque reo non convicto, rem litigiosam reo adimere, & tertio tradere. Aliàs qui- libet litem intendere, & commodum possessionis alteri eripere posset. Ist hæc autem juris ratio & æquitas, quæ sequestrationem prohibent, non tantum in actionibus in personam, sed & in actionibus in rem militant. Tam enim

79 is, qui fundum, domum, vestem, & aliam rem ut suam petit. l. 2. l. proprietatis. 4. l. si ve possidetis. 16. & l. ad probationem 21. C. de probationibus. quàm ille, qui certam pecuniæ quantitatem postulat, probationibus obnoxius est, l. 1. l. rationes. 6. & l. cum res. 12. C. eod. tit. V. Quia

80 nemini possessionis suæ commodum absque legitima causæ cognitione adimidebet. d. l. memin. 6. C. unde vi. & d. l. si quis. 7. C. ad leg. Iul. de vi publ. d. c. conquer. 7. & passim. ext. de restit. spoliat. Est quippe commodum possessionis maximum. §. retinenda. 4. vers. commodum. infr. de in- terdictis. Ideòque Accursius eum, qui possidet, bea- tum pronunciavit; in §. si iudex. 2. vers. si tres vel plu- res. super verbo, requirat. tit. de pace tenend. & ejus vio- latoribus. Nam qui possidet rem, non modò ejus fructus percipit: sed & adversarium facit actorem, eoque non probante, qui possidet, absolvitur. d. §. retinenda. 4. vers.

commodum. *infr. de interdict. l. ult. C. de rei vindicat.* In pari quoque causa pro possessore judicari consuevit. *l. si a sede. 31. de praebeendis in 6. &c. in pari. 66. ff. de reg. jur. eod. libro.* Quin & qui possidet, usucapiendi habet conditionem, & rei dominium per possessionem acquirit. *l. Paulus respondit. 12. §. 1. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solv. l. 3. ff. de usurpat. & usucap. l. un. C. de usucap. transform. & similibus.* Præterea qui rem possidet immobilem, à præstatione cautionis iudicio sisti est immunis, *l. sciendum. 15. in princ. ff. qui satisfac. cogant.* Sic, duobus habentibus causam ab uno, is, qui possidet, vel cui res est tradita, alteri præfertur. *l. si ea res. 31. §. uterque. 2. ff. de actionibus. empt. l. si ve autem. 9. §. si duobus. 4. ff. de Public. in rem act. l. quoties. 15. C. de rei vind.* Insuper ille, qui possidet, dominus præsumitur, *arg. l. 1. §. 1. ff. fam. l. ercis. l. si ve possidetis. 16. C. de probationib. Accurs. in l. sicut. 8. §. sed si queritur. super verb. possessoris. ff. si servitus vindicet.* Cæterum hisce, aliisque possessionis commodis ac emolumentis, maxime secundum eos, qui per sequestrationem in sequestrem possessionem transferri opinantur [quâ de opinione inferius suo loco, num. 132.] possessor privaretur. VI. Quia sicuti à captivâ personæ non debet incipi processus, *argum. lib. 2. Cod. de exactoribus tributor. & l. ob as alienum. 12. Cod. de obligation. & actionibus*, ita nec à sequestro, quod nihil aliud, quam captura rerum debitoris, reputatur. *Bald. in l. consentaneum. 8. num. 32. Cod. quomod. & quando iudex sententiam, &c. Coler. part. 3. de processibus. execut. cap. 11. num. 57. & seq. VII.* Quia quod favore alicujus introductum est, id alio modo in ejusdem odium non est retorquendum. *l. quod favore. 6. C. de legibus.* At si sequestratio rerum, in controversiam vocatarum, ante sententiam & plenam domini probationem semper fieri posset: non solum possessionis commodum reo invito auferretur; sed qui favore esset afficiendus, odio prægravaretur: cum tamen favorabiles rei potius, quam actores, habeantur. *l. favorabiles. 115. ff. de regul. jur. VIII.* Quia denique si cuique possessori jura permittunt resistere vim inferenti, vel possessionem avellere conanti. *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad l. Aquil. l. ut vim. 3. ff. de justit. & jur. cum concordantibus.* quomodo adversus eundem hanc possessionis turbationem sive sequestrationem admittent? *D. Gædd. in repetitione d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 83.* Ex quibus rationibus quovis electo dilucidius evadit: necessariam vel judicalem omnium omnino rerum sequestrationem, tam jure civili, quam pontificio, regulariter esse prohibitam.

85 Huic ita firmatæ decisioni seu regulæ primò non obstat, quod Impp. Honorius & Theodosius non cujusque rei, sed pecuniæ tantum sequestrationem prohibuerunt, tum in rubrica tit. *C. de prohibita sequestratione pecunia.* tum ipso nigro sive textu, ibi, *ex quolibet contractu pecunia.* & in fine ibi, *pecuniam petiturus.* Nam, ad hujus objectionis resolutionem, sciendum est: quod pecuniæ verbum trifariam in jure nostro accipitur. Primum enim strictè sumitur, & pecuniam duntaxat numeratam seu signatam denotat: idque præcipue fit, quando hoc epitheton, *numerata*, aut *signata*, verbo pecuniæ adjicitur, aut significatio ista ex re subjectâ colligitur, *arg. l. pecun. verbum. 178. ff. de verbor. signific. l. item si filius familias. 7. §. mutui. 3. ff. ad SC. Macedonian. l. si quis. 4. §. 1. ff. de reb. credit. Gæddens ad l. 4. num. 35. ff. de verbor. signific.* Deinde latè accipitur, pro rebus, pondere, numero, mensurâ constantibus, ut in *l. legata. 19. & l. talis. 30. in princip. ff. de legat. l. 1. 2. §. creditum. 3. & l. singularia. 15. ff. de reb. credit. Iohan. Gnidius in tractat. de mineralib. lib. 3. de moneta. tit. 9. num. 5. pag. 109.* Tertiò capitur latissimè, pro omni re, quæ in patrimonio nostro esse potest, tam mobili, quam immobili, sive sint corpora, sive jura, *d. l. pecunia verbum. 178. & l. pecunia nomine. 222. ff. de verbor. signific. l. 2. C. de constit. pecun. l. in illa stipulatione. 50. ff. de verbor. obligat. l. si creditor. 37. in princip. ff. de pecul. l. liber homo. 20. §. 1. ibi, quanta pecunia ff. de stipulation. servor.*

87 In hac autem latissima significatione, pecuniæ verbum

in dubio accipi oportere, post Alciatum, Rebuffum & Brechæum, à se allegatos ostendit Gæddens in repetit. d. cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 92. per d. l. pecunia. 178. ff. de verbor. significat. Adde Renier. Budel. de re nummar. libr. 1. cap. 1. num. 46. & seq. itemque Kitzellum in tract. de jure monetar. clas. 1. theorem. 4. li. H. & 1. pag. 43. Nihil ergo vetat, quò minùs eodem generali sensu verbum illud in dict. tit. *C. de prohibita sequestrat. pecun.* accipiat: & consequenter, non solum pecuniæ numeratæ, vel rei, quæ pondere, numero, aut mensura constat; sed omnium etiam rerum, tam soli, quam mobilium, tam incorporalium, quam corporali-um, sequestrationem judicalem prohibitam esse, concludatur.

Nec urget quicquam, quòd præfati Impp. in d. l. unic. *C. de prohib. sequest. ter* verbum *pecunia* adjecerint, idque repetierint. Illud etenim, ut latissimum, non restringendi vim; sed potius generalem prohibitionem extendendi, naturam habet: cumque verisimile non sit, Imperatores in inscriptione sive rubrica superfluis voluisse uti vocibus: perspicuum fit, non temere & absque singulari efficacia ac virtute, pecuniæ verbum ab Impp. illic adjectum & geminatum fuisse. Adde, quod verba generalia in potiore significatu, & cum effectu sunt accipienda. *l. 1. §. 2. quod quisque jur. in alter. statuer. l. si per alium. 5. §. 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabit. &c. l. 1. §. ultim. ff. si ager veftigalis, &c.* Neque verò pro vanâ aut superflua adjectione haberi potest illud, quod singularem aliquam virtutem & efficaciam continet; & dubium, quod obstabat, quadantenus tollit, *argum. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. si quando. 109. in princip. ff. de legat. 1. Zaf. consi. 3. num. 47. volum. 1. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 4. num. 34.*

Secundò, non adversatur, quod de ordine titulorum à dissentientibus assertur: videlicet in libro quarto Codic. præcedere titulos, *de rebus creditis*; si certum petatur; & *de suffragio*: deinde subjici titulum, *de prohibita sequestratione pecunia*: & sequi titulum, *de condictione indebiti*: titulos autem, *de rebus creditis*, *de suffragio*, ac *de condict. indebit.* ad materiam pecuniæ creditæ spectare: proindeque titulum quoque, *de prohib. sequestrat. pecun.* qui istis includitur, ad eandem materiam pertinere: atque adeò in actionibus personalibus tantummodo locum obtinere. Hoc, *inquam*, non adversatur: Tum quia negari nequit, & res ipsa loquitur; in Codice nostro Justiniano non ita exactam methodum & ordinem, ut in Pandectis, esse servatum; sed in eo singula facta & species, pro re natâ incidentes, decidi: *sicuti monet. D. Wesseneccius in Oeconomia Codic. in præfatione.* Tum quia ordo ille libri quarti Codic. generalem sequestrationis prohibitionem non impedit, sed potius confirmat. Siquidem in tit. *de suffragio*, qui proximè præcedit titulum, *de prohib. sequestrat. pecun.* non solum tractatur de rebus, pondere, numero, mensurâ consistentibus, suffragii causa datis; verum etiam de cæteris corporibus, tam immobilibus, quam mobilibus, seseque moventibus. *l. unic. §. 1. & §. 2. C. de suffragio.* Similiter titulus, *de condict. indebit.* qui immediate sequitur titulum, *de prohib. sequestrat. pecun.* omnes omnino res, immobiles, mobiles, & se moventes complectitur; eæque omnes in condictionem indebiti veniunt. *l. qui promissit. 48. l. fideicommissum. 62. & fin. ff. de condict. indebit. l. 2. & l. fideicom. 7. C. eod. Gædd. ad d. c. 1. de sequestrat. possess. num. 93.*

Tertiò, non obsistit, quod dict. lex. unic. *Cod. de prohib. sequestrat. pecun.* pertineat ad correctionem *l. 1. C. Theod. si certum petatur de chirographis. libr. 2. tit. 27.* quâ lege uno casu admittebatur pecuniæ creditæ sequestratio, nempe quo quæstio inter debitorem & creditorem exoriebatur de falso chirographo. Hoc Impp. in d. l. unic. *C. de prohib. sequestr. pecun.* emendarunt, & generaliter, pecuniæ creditæ sequestrationem prohibuerunt. Unde dicendum videtur; constitutionem istam. *l. un. ad pecuniam creditam*, sicque actionem in personam solummodò pertinere. Illud, *inquam*, non obsistit. Licet enim concedatur, dictam *l. un.* pertinere ad emendationem dictæ *l. 1. C. Theod. si cert. pet. de chirogr.* ob id tamen generalis prohibitio

88

89

90

91 bitio sequestrationis non restringitur. Nam certi peti-
tio non tantum persequitur res in quantitate existentes,
sed quaslibet etiam alias, vel mobiles, vel immobiles,
quæ in stipulationem, permutationem, transactionem,
aliunde similem contractum, vel quasi contractum ve-
niunt. *l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. ff. de condit. triticar. l. stipulat. 74. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. scire. 6. Codic. de contrah. & committ. stipulat.* Ex chirographo autem tam res immobilis, quam mo-
bilis, siue quantitas ac pecunia numerata deberi potest.
*dict. leg. unic. §. 1. & 2. C. de suffragio. l. penult. ff. qui te-
stament. facere possunt.* Ideoque *dict. lex. unic. Cod. de
prohib. sequestrat. pecun.* ad quantitatem duntaxat nequa-
quam restringenda est. Imò ut generalis prohibitio ap-
pareret; pecuniæ vocabulum tanquam latissimum, inscrip-
tioni siue rubricæ ejusdem legis est adjectum. *Gæd. ad
d. c. 1. de sequestrat. possess. num. 94. Clud. d. tractat. de
jure. sequestrat. cap. 4. num. 41.*

92 Quartò, non refragatur, quòd in *d. l. unic. C. de
prohib. sequestrat. pecun. & toto libro 4. Codic.* de actioni-
bus solummodò personalibus, non item de actionibus rea-
libus, agatur; ac propterea quod de actionibus in perso-
nam ibidem constituatur, ad actiones in rem non sit ex-
tendendum: cum istæ actiones toto inter se cælo diffe-
rant. *§. 1. infr. de actionib. l. actionum. 23. in princ. ff. de
obligat. & actionib.* Posito namque, sed non concessio, in
*d. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. & toto libro 4.
Codic.* agi tantum de actionibus in personam: attamen in-
de haud convincitur, sequestrationem judicalem in actio-
nibus realibus esse permissam. Rationes siquidem, quæ
ab Impp. illic adferuntur, & quæ superius *num. 75. & seqq.*
recitatae sunt, tam in actionibus in rem, quam in actioni-
bus in personam procedunt. Quemadmodum enim in
actionibus in personam actor probationes adferre, reum-
que convincere debet: ita quoque in actionibus in rem.
*dict. l. 1. d. l. 2. d. l. 4. d. l. 6. 12. 16. & 21. Cod. de proba-
tionibus.* Et quemadmodum in actionibus personalibus
processus initium ab executione non est faciendum: ita
nec in actionibus in rem. *d. l. 1. Cod. de execut. rei judi-
cat.* Sicut etiam in actione in personam actor reum in
possessione turbare, eiq; commodum possessionis eripere
non potest: ita quoq; in actione in rem. *d. l. memin. 6. C. un-
de vi. & jur. simil. præalleg.* Potius itaq; locum hîc sibi vin-
dicabit illud notissimum axioma: ubi eadem est juris ratio,
ibi quoq; idem jus est statuendum. *l. quadam. 9. §. nummu-
lar. ff. de edend. l. illud quasit. 32. ff. ad l. Aquil. l. non possunt.*

93 12. & *l. seq. ff. de legib.* Unde ratio legis, censetur ani-
ma legis: imò pro ipsa lege habetur: & jus supplere di-
citur. *l. cum mulier 47. ff. solut. matrim. l. cum ratio.
7. ff. de bon. damnat. l. scire. 13. §. aliud. 2. vers. sed etsi
maximè. ff. de excusationibus can. consuetudo. 5. Distinct.*
1. *Bald. in l. si quis servo. 20. num. 7. C. de furt. Panormi-
tan. in c. ratio nulla. 3. ext. de præbend.* Præterea æquitas,
quæ ab Impp. in *d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.* ad-
ducitur, & quæ sequestrationem impedit, non solum in
actionibus personalibus, sed etiam in realibus locum ha-
bet. Nam sicuti æquum est in actionibus in personam,
ut actor probationes secum adferat, & reum convincat,
nec ab executione initium processûs faciat, reumvè in
possessione turbet: ita quoque in actionibus in rem, ut-
pote quæ eundem desiderant processum, æquum hoc esse
dicendum est. Quare hîc rursus trito illi axiomati locus
erit: ubi eadem est æquitas, ibi semper idem jus esse de-
bet. *l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. & d. l. illud. 32. ff.
ad leg. Aquil. Bald. in l. si quis. 8. num. C. de interdict. ma-
trim. inter pupil. & tutor. &c.* Et quemadmodum ratio;
ita etiam æquitas jus supplet. *l. 2. §. item Varus. 5. in fin.
ff. de aqua, & aqua plu. arcend. l. placuit. 8. ubi Iason.
C. de judic. Wesenbec. consil. 2. num. 2.* Imò æquitas re-
gina juris vocatur. *Zas. in l. si insulam. 84. num. 11. ff.
de verbor. obligat. Matth. Coler. de process. execut. part. 1.
cap. 9. num. 31.* Cum ergo ratio & æquitas juris eadem
militet in realibus, quæ in personalibus actionibus: re-
ctè concluditur, tam in illis, quam in his sequestra-
tionem prohibitam esse. *Clud. dict. tractat. de jur. se-
questrat. cap. 4. num. 27.*

Quintò, non resistit, quòd Honorius & Theodo- 96
sius Impp. in *d. l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun.* de
pecunia ex quolibet contractû debita; sicque tantum de
actionibus in personam, quæ ex contractibus oriuntur,
loquantur. *§. 1. infr. de actionib. l. action. 25. in princ. vers. in
person. ff. de obligationib. & actionibus.* Quamvis enim
id concedatur: tamen & illud vicissim concedi necesse est:
quòd ratio decisioni annexa generalis sit, adeoque non
solum ad contractum, vel quasi contractum, ex iisque
descendentes obligationes & actiones personales: ve-
rùm etiam ad quancunque aliam petitionem ac vin-
dicationem, actionesque reales pertineat, *veluti ex
paulò ante dictis clarissimè constat.* Sic parum ad 97
rem facit, quòd Impp. in *dict. leg. unic.* aliquoties
verbo, *debitoris*, utantur: verbum autem *debendi*,
ad personales solummodo actiones referendum vide-
atur: cum actionibus istis persequamur res nobis de-
bitas: actionibus verò realibus, res nostras. *d. §. 1.
infr. de actionibus. l. in rem. 32. ff. de rei vindic.* Ete-
nim verbum *debere* omnem omninò actionem; atque
ita tam realem, quam personalem complecti, enitescit
*ex l. pecunia. 178. §. fin. ff. de verbor. significat. & ube-
rius explicuimus infra ad princip. tit. de actionib. num.
32. & seq.* Minus movet, quòd memorati Impp. voca- 98
buli *solutionis* mentionem faciant: solutio autem actio-
nes duntaxat in personam respiciat: cum solutio nihil
aliud, quam obligationis liberatio in actione personali,
esse putetur, *argum. l. solutionis. 176. ff. de verborum si-
gnificat. & l. solutam pecuniam. 49. in princip. ff. de solut.
& liberat.* Certum namque est, verbum *solvendi* genera- 99
le esse; & tam in rem, quam in personam actionibus
convenire. Siquidem non tantum quod nobis debetur;
sed & quod nostrum est, solvi nobis dicitur. *l. pigno-
rib. 22. C. de usuris. Clud. d. cap. 4. num. 31.*

Sextò nihil planè decerpit nostræ sententiæ: quòd 100
quolibet rei suæ liber sit moderator & arbiter, *vulgatâ
l. in re mandata. 21. C. mandat.* Res autem, quæ actio-
ne in rem petitur, sit actoris: ac proinde quando actor
rei suæ litigiosæ sequestrationem petit, concedenda &
permissa sequestratio videatur. *Quandoquidem breviter
respondetur: dictam l. 21. Cod. d. titul. procedere in
iis, qui absque contradictione plenum alicujus rei ha-
bent dominium. Hi liberam rerum suarum moderatio-
nem, liberumque arbitrium obtinent: secus est in illis,
qui res adhuc controversas & litigiosas petunt, argumen-
to totius tit. C. de litigiosis.*

Septimò, non evertit decisionem nostram hæc argu- 101
mentatio: ubi ratio est diversa, ibi quoque diversa est
juris dispositio, *prædictâ l. illud. 32. ff. ad leg. Aquil.*
Atqui inter quantitatem & corpus est diversa ratio: quo-
niam quantitas corpus non habet; ac ideo non potest
interverti, aut corrumpi; & consequenter nec seque-
strari. Reliquæ verò res corpus habent, & interire
possunt: ac ea propter sequestrantur. Ergo quod de
quantitate in *d. l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun.*
asseritur, malè ad corpora extenditur. Hæc, inquam,
argumentatio decisionem nostram non evertit. Etenim
negatur; inter quantitatem & corpus diversam hîc ju-
ris rationem esse. Is siquidem præcipuus sequestratio- 102
nis censetur finis: ne actio instituta vel instituenda red-
datur inanis: sed ut salvum maneat jus actoris, isque
in casu victoriæ possit consequi, quod actione institutâ
petiit, vel petere destinavit. Nemo autem sanus facilè
inficias ibit: debitorem alicujus quantitatis bona sua,
quibus isthæc quantitas inest, ita dissipare, profundere
ac perdere posse, ut amplius non sit solvendo, & facul-
tatem solvendæ quantitatis debitæ amittat: atque adeò
actio instituta inanis prorsus & elusoria reddatur. Sed 103
& pecuniæ verbum in sepe allegata *l. unic. Cod. de pro-
hib. sequestrat. pecun.* ita strictè pro re invisibili ac in-
corporali, quantitate nimirum, non est accipiendum;
sed potius pro corpore, quod pecuniæ verbum continet
& importat, quodq; tangi & apprehendi potest. Aliàs enim
si rem saltem incorporalem atque invisibilem denotaret:
insulsa, ac ridicula videretur sequestratio prohibitæ, rei
scilicet, quæ in rerum naturâ non existit, *num vide Clud.*

ad istud argumentum fuffiffimè respondentem d. tr. de jure sequest. c. 4. num. 37. & seqq.

104 Octavo & ultimo nihil negotii facessunt textus plures, quibus sequestratio judicialis in actionibus realibus concessa perhibetur, l. postquam. §. §. 1. ff. ut legator. seu fidei-commissor. servandor. caus. caveat. l. Imperatores. 21. §. ult. ff. de appellationib. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfac. cogant. l. si cum dotem. 22. §. fin. autem. 8. ff. solut. matrimon. l. si cuius. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. l. 3. ff. de liber. exhibend. l. ab executione. §. C. quor. appellat. non recipiunt. l. ultim. Cod. de agricol. & censit. l. ultim. C. de assert. tollend. & l. ult. C. quib. ad liber. proclam. non lic. Nam in hisce legibus omnibus, & nonnullis aliis, proponuntur casus speciales, qui certas ob causas sequestrationem, quæ aliàs regulariter prohibita est, admittunt; quorum aliquot paulo post sum explicaturus. Refutatis itaque plerisque, quæ momenti quid habere videbantur, Adversariorum argumentis: suprâ tradita, communique Doctorum applausu corroborata, est retinenda conclusio sive regula: quâ statuitur, sequestrationem necessariam omnium rerum, tam jure civili, quàm Canonico, illicitam esse, atque prohibitam.

105 Hinc fieri solet, ut qui sequestrationem jure factam affirmat, illud demonstrare teneatur. Etenim possessor, cui res per sequestrationem ablata est, probatione non indiget: cum sufficiat, eum pro se habere regulam, quæ sequestrationem prohibeat.

106 Nam qui regulam juris communis pro se habet, intentionem habet fundatam: eique inhærendum tenaciter, donec in contrarium dispositio specialis probetur, argum. l. ab ea parte. §. ff. de probationib. l. omnis. 202. ff. de reg. jur. Baldus in l. si tutor. 6. Cod. de serv. pign. dat. manum. Decius in l. 1. num. 6. & ibidem Cagnolus num. 21. ff. de regul. jur. Schurff. conf. §. num. 5. cum seqq. & conf. 6. n. 4. & 8. cum seqq. Wesenbec. conf. 7. num. 7. Clud. d. cap. 4. num. 44. & seq. Porro recensentur plures à Doctoribus casus, quibus etiam judicialis sequestratio licita permiffa-que judicatur. Ergo paucos, eosque præcipuos, & qui communi in hominum usu frequentius occurrunt, tantummodò perstringam.

107 Primus itaque casus sit: si debitor vel reus conventus, propter dilapidationem, aut prodigalitem bonorum suorum, ad inopiam vergat. Tunc n. judex sequestrationem rei litigiosæ rectè decernit: ne judicium elusorium reddatur, & creditor seu actor, etiam si victoriam reportet, vel nihil, vel parùm in executione sententiæ, à reo convicto consequatur. argum. l. nam is nullam. 6. ff. de dol. mal. l. Imperatores. 21. §. fin. ibique Bartol. ff. de appellationib. cap. 2. & 3. extr. de sequestrat. possess. & fruct. Gursst. Württembergisch erneuert Landrecht. part. 1. tit. 80. §. Da aber / etc. pag. 230. Azo in summa Cod. de prohib. sequestrat. pec. Guido Pap. decis. 246. Mynsing. cent. 5. observ. 35. num. 4. Gail. lib. 1. observ. 147. num. 3. & observ. 148. num. 2. Petr. Frid. r. Mindan. de mand. judic. lib. 2. cap. 39. num. 3. D. Collega Magirus in Comm. ad l. sequester. 110. num. 5. ff. de verb. significat. Camillus Börell. in suis decis. de sequestr. n. 27. & 186. Et sanè dilapidatio, legitimè probata, sequestrationi locum facit, non solum in judiciis realibus, putà si aliquis dominium rei mobilis, vel immobilis vindicet; verum etiam in personabilibus judiciis, quando videlicet pecunia, hoc est, quælibet res mobilis, vel immobilis, ex obligatione petitur, ut notant Francisc. Curtius in tractat. de sequestrat. quest. 6. num. 33. Coler. in tractat. de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 103. hosq. cum aliis citans Cludius in tract. de jur. sequestrat. cap. 5. num. 17. Quo modo autem dilapidatio seu prodigalitas probetur; abundè, post alios, quos allegat, declarat Josephus Mascardus vol. 1. de probationib. conclus. 515. & volum. 3. conclus. 1234.

108 Secundus sequestrationis casus est: si reus, nulla immobilia possidens, cum re mobili controversa, de fugâ suspectus sit. Nam tunc ad ejus rei sequestrationem rationabiliter proceditur: ne videlicet creditor re suâ planè privetur. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisfac. cogant. l. senatusconsulto. 16. ff. de offic. præsid. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 100. Coras. lib. 3. miscell. jur. civil. cap. 2. num. 9. D. Bocer. class. 2. Disputat. 11. thes. 50. cum seqq. edit. 2.

Bauman. in tractat. de sequestris. cap. 3. num. 1. Goedd. in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 28. cum seqq. Dornspenger. in syntagm. jur. lib. 3. cap. 10. de sequestro pag. 739. Gilkenius ad d. l. unic. C. de prohib. sequestrat. pecun. num. 3. & seqq. Imò hoc casu, quos scilicet debitor de fugâ suspectus est, non tantum sequestratio rerum, sed etiam personarum, concessa intelligitur: adeò, ut debitor fugitivus per creditorem, si præsens sit periculum fugæ, & judicis copia haberi nequeat, propriâ autoritate capi & incarcerari possit, argum. l. ait prætor. 10. §. si debitorem. 16. ff. quæ in fraud. creditor. l. generali. §. 4. C. de decurionib. latè Iason in §. 1. num. 72. & seqq. infr. de actionib. & Gail. lib. 2. observat. 44. Caterum creditor affirmans, debitorem de fugâ suspectum esse, id docere cogitur. argum. l. qui accusare. 4. C. de edend. l. frustrâ. 8. & l. actor. 23. Cod. de probationibus. Bauman. d. tract. cap. 6. num. 4. & seqq. Ex quibus verò indicibus suspicio fugæ colligatur, explicuit copiosè Iohan. Baptista Cacciavolpus in tract. de debitore suspecto & fugit. quest. 1. item Jacobus Menochius lib. 2. de arbitr. judic. quest. casu 87. nec non Mascard. d. vol. 1. de probationib. conclus. 455. & vol. 2. conclus. 823.

Tertius casus, quo sequestratio est permiffa, perhibetur: si servus ad libertatem proclamaverit, & dominus in possessione vel quasi servitutis sit. Tunc etenim servi peculium (quod is domini permiffu à rationibus dominicis separatim habet. l. depositi. §. §. fin. l. sed si damnum. 9. §. præterea. 4. ff. de peculio) non ad dominum transfertur: sed durante lite, ac donec causa per judicem cognoscatur, penes tertium sequestratur. l. fin. Cod. de ordine cognit. l. ultim. C. quib. ad libert. proclam. non licet. l. unic. §. super peculio. Cod. de assert. tollend. Coras. d. lib. 3. miscellan. cap. 2. num. 9. Iohan. Petr. de Ferrar. in sua practica in form. sequestri seu saximenti. verb. sapiens vir. num. 2. fallent. 3. Coler. de process. execut. d. part. 1. cap. 2. num. 134. Hackelman. Disputat. 9. thes. 14. lib. f. Quod autem de servo, cujus apud nos hodie nullus ferè est usus, modò dictum est: idem à paritate rationis ad filiosfamilias, monachos, & similes, si de eorum statu agatur, extendi poterit, tradente Iohanne Petro de Ferrar. loco præallegato. Quemadmodum enim servus omnia domino; ita filius patri, respectu peculii profectitii, omnia acquirit. §. 1. supr. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. §. 1. & §. item vobis. 3. supr. per quas pers. cuique acquiritur. l. acquiritur. 10. §. 1. & l. etiam invitis. 32. ff. de acquir. rer. domin. §. 1. infrâ. de stipulat. servor. l. quodcunque. 45. ff. de verbor. obligat. Et sicut servus acquirit domino, iuribus modò adductis: ita etiam monachus acquirit monasterio, per notata Panormitani in c. quod à te. num. 7. ext. de cleric. conjugat. & Nicolai Everhardi in topic. legalib. loc. à servo ad monach. num. 3.

Quartus casus sequestrationis est: si de momentanea aut litigiosa possessione lis orta fuerit, & præsens periculum, metusvè armorum subfit. Hac utique specie judex tam ad instantiam unius vel alterius partis, quàm ex officio & motu proprio, partibus non petentibus, rem controversam sequestrare; ac deinde cognoscere debet, cui nam momentanea possessio adjudicanda sit: nec scilicet partes ad arma veniant, pacemque & tranquillitatem publicam violent, Ita sentiunt Dd. communiter: Baldus in dict. leg. fin. Codic. de ordine cognit. huncq. citans Vultejus lib. 1. Iurisprud. Roman. cap. 33. num. 10. Speculator in tit. de petit. & possess. §. 1. num. 38. Hostiens. in sua summa, de sequestrat. possess. vers. duodecimus. Iason in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 27. ff. qui satisfac. cogant. Guido Pap. decis. 246. num. 5. Nevisan. in sua sylv. nuptial. num. 81. Natta consil. 121. Coras. d. lib. 3. Miscellan. cap. 2. num. 9. Sebastian. Medic. de conservand. possess. glos. 2. part. 1. n. 289. Forner. ad l. sequester. 110. ff. de verborum signification. Börell. in suis decis. de sequestrat. num. 32. Duaren. ad dict. leg. unic. in fin. Codic. de prohib. sequestration. pecun. & ibidem Gilkenius num. 11. alique, per eum relati. Et quanquam non desunt, qui armorum propter metum sequestrationem haud fieri posse, disputando defendere probabiliter conantur, Iacobus de Arena in tract. de sequestrat. num. 21. Dn. Collega Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes.

- thes.* 57. edit. 2. *Gæddens in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 44. cum sequentibus. Reyger. in process. judic. Disput. ultim. thes.* 8. ad lit. b tamen hodie ex Ordinatione Camerae Imperialis res ita expedita & decisa est, ut dubitationi locus nullus relinqui debeat. *part. 2. tit. 2. §. 1.* ob auct in obberührtem *Gall. 12.* Hujusq; decisionis ratio est perspicua: quandoquidem si propter prodigalitatem, dilapidationem, ac fugam adversarii sequestratio permilla est, ut *expositum supra num. 93. & seq.* multo certe magis, ad evitanda homicidia, latrocinia, aliaque delicta & publica & privata, quæ ex conjunctione armorum oriuntur, sequestratio in salutem Reipublicæ concessa erit. Cur enim (*inquit Iulianus*) ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest jurisdictione suâ componere? *l. si cum. 13. §. sed si inter. 3. ff. de usufruct. Eoque conferunt etiam l. ultim. §. 1. ff. de offic. procurat. Casar. l. illicitas. 6. §. ne potentiores. 2. & l. congruit. 13. ff. de offic. præsid. l. si super possessione. 9. Codic. de transactio-nib. & l. denunciamus. 5. C. de his, qui ad Eccles. confugiunt. Illudque in Camera non semel observatum esse, testatur Mynsinger. cent. 2. observ. 11. in fine. & innuit Gail. lib. 1. observat. 5. num. 1. & 2.*
- 114** Quintum sequestrationis casum præbet puella, quam duo adolescentes ambiunt; & uterq; matrimonium sibi ab eâ promissum contendit. Hic namque copula interdici, & puella, donec lis finiatur, in domo honesta sequestrari debet. *c. cum locum. 14. & ibi glos. in verb. donec. & Panormitan. num. 4. ext. de sponsalib. c. causam matrimonii. 14. de probationib. Speculat. lib. 4. tit. de sequestrat. poss. & fruct. n. 7. Natta cons. 250. n. 2. part. 2. Hotom. cons. 43. n. 5. Gail. d. lib. 1. obs. 112. n. 15. & lib. 2. obs. 45. n. 7. Gilhausen in arb. judic. pag. 1. cap. 1. §. 1. n. 41. Marcus Antonius Gen. in part. Curia Archiepiscopalis. Neapol. capit. 14. pag. 57. Bauman. d. tr. de sequestris. cap. 3. num. 14. Iohan. Kitzel. in Synops. matrimon. cap. 3. theorem. 20. lit. e. & f. pag. 79. item cap. 10. theorem. 13. lit. g. & h. pag. 555.* Nec huic obstat, hominem liberum, cum in commercio esse non censeatur, sequestrari minimè posse, §. item juris. 2. infr. de inutilib. stipulat. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. & liber homo. 103. ff. de verbor. obligat. Quia potius jus illud, quod in commercium venire potest (puta quisnam jus conjugii in persona, de qua quaeritur, habere debeat) quam persona ipsa sequestrari videtur. *Clud. d. tractat. de jure sequestrat. cap. 5. num. 38.* Imò liberi quoque hominis sequestrationem fieri posse, utroque jure probatur. *l. 3. §. fin. ff. de liber. exhibend. d. c. cum locum. 14. de sponsalib. c. ex transmissa. 8. & c. literas. 13. in fin. de restit. spoliat. Dn. Boc. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 61. & seqq. Vide Knipschilts d. exercit. Acad. 4. quest. 12. pag. 139. & seq.*
- 116** Sextus casus est: cum à sententiæ executione, quâ judicationis modus exceditur, appellatum est: quoniam si res, de qua contenditur, mobilis sit; ea possessori detrahitur & sequestro idoneo concreditur: sin fuerit immobilis, fructus omnes, qui tempore interpositæ provocationis capti, vel postea nati erunt, in deposito sequestratio collocantur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto. *l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Bald. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 2. ff. qui satisfac. cogant. Coras. d. lib. 3. miscellan. jur. civi. cap. num. 9. Zabarell. in Clement. unic. num. 22. de sequestrat. Panormitan. inc. fin. n. 8. cum seqq. de sequestr. possess. & fruct. Curtius in d. l. unic. n. 5. Cod. de prohibit. sequestrat. pec. Gail. d. lib. 1. observ. 147. num. 8. Boc. d. Disputat. 11. thes. 68. Bauman. d. cap. 3. num. 24. Coler. d. tract. de processib. execut. part. 1. cap. 2. num. 118. part. 3. cap. 11. num. 18.* Neque movet, quod obijcitur, in proposito themate fructus rei litigiosæ potius victori, quam sequestro concedendos esse: tum propter sententiam, quæ transitum fecit in rem judicatam: tum propter jus, quod victor sibi habet acquisitum; nec non præsumptionem, quæ pro eo militat. Nam appellatio interposita hoc operatur: ut fructus in victorem transferri nequeant; sed penes tertium, donec alia super appellatione interposita feratur sententia, sequestrantur. Appellatio quippe hic licita putatur, utpote quæ non super meritis causæ prin-
- cipalis, sed tantum super modo & excessu executionis interjecta fuit, *d. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recip. Clud. d. cap. 5. num. 64.*
- Septimus sequestrationis casus obtinet in emptione-
venditione: si nimirum inter emptorem & venditorem lis oriatur de precii solutione, ac rei venditæ traditione, & alteruter alterius fidem suspectam habeat, ita ut precium venditori tuto numerari, vel merx aut res vendita emptori absque periculo tradi nequeat. Hic certè non immerito tam precium, quam res vendita ad manus judicis, vel penes tertium aliquem sequestratur; & donec contrahentibus consulatur, controversiaque summarie, cum hac specie processu juris ordinario, ac longo sufflamine litis opus non sit, cognoscatur, deponitur. *l. si soluturus. 39. in fin. ff. de solutionib. & liberat. Francisc. Curt. in tract. de sequestrat. quest. 1. num. 12. in fin. vers. septimò fallit. Coler. d. part. 1. cap. 2. num. 128. Fornarius in d. l. sequester. 110. ff. de verbor. significat. hosq; referens & sequens Cludius præallegato cap. 5. num. 69. & sequente.*
- Octavum sequestrationis casum suppeditat res, tem-
pore peritura: quæ lite mota, vendi implorato judicis officio, ejusque precium loco rei sequestrari poterit, argument. l. litib. 20. C. de agricol. & censu. & l. ult. §. 1. ff. de requirend. reis. Panormit. in cap. 2. num. 24. de sequestrat. possess. & fruct. Sigismund. Scacc. lib. 8. c. 38. n. 8. de judic. caus. civil. crim. & heretic. Iacob. de Aren. de sequestrat. num. 19. Iohan. Petr. de Ferrar. in forma sequestri seu saximenti. verb. sapiens vir. num. 8. Gail. d. lib. 1. observ. 184. n. 3. ubi ait, in facti contingentia per judicem & Assessores Camerae, ad evitandum interitum, rei litigiosæ alienationem concessam fuisse. Et quamvis quidam autument, ad solius sequestris officium pertinere, res tempore perituras alienare, Iohan. Ant. Masuerus in addit. ad Ferrariens. dict. loco, ad verb. fructuum, eumque citans D. Gæddens in d. cap. 2. num. 64. de sequestrat. possess. & fruct. id tamen duntaxat procedere sciendum est, quando judex alicui tertio curam & custodiam rerum litigiosarum commisit, arg. l. propriè. 6. ibi, custodiendum. ff. de posui. l. is, penes quem 6. C. eod. & l. 1. ff. de curatore bonis dando. Clud. d. cap. 5. num. 73.
- Nonus casus, quo sequestrationem permissam dicimus, est: cum inter dominum & colonum est de dominio rei controversia. Etenim si recusaverit colonus de restituendis fructibus satisfacere; fructus isti sequestrabuntur. *d. l. litib. 20. C. de agricol. & censu. D. Boc. d. class. 2. Disput. 11. thes. 60. edit. 2.* Neque huic contradicit textus in l. si quis conductionis. 25. C. de locato & conduct. ex quâ liquescit, colonum seu conductorem domino locatori quaestionem domini referre non posse: sed prius possessionem restituere, & postea de proprietate litigare debere: & consequenter sequestrationi hoc casu locum non esse. Nam dispositio illius legis tunc obtinet, quando de locatione constat, & colonus locationem non diffitetur. At *d. l. litib. 20. C. de agric. & censu.* eo loquitur de casu, quo colonus negat, se rem habere à domino, neque aliter de locatione apparet sive constat, quam ex assertione domini. Hoc casu domini quaestio rectè domino referri, & si colonus cautionem de restituendis redditibus vel fructibus præstare detrectat, ad eorum sequestrationem procedi potest. Et ita ex communi Doctorum sententia istud contrarium [quod difficile appellat] diluit Corasius *d. lib. 3. miscellan. cap. 2. n. 10.* Tametli aliter, & quidem prolixè, allegatos textus enarret & conciliet Gæddens in cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 33. cum multis subsequ. Neque etiam obest, quod regeritur, in d. litib. non de necessario judiciali, sed voluntario ac conventionali sequestro agi: adeoque inter casus judiciales, & in quibus à judice decernitur sequestratio, legem illam referendam non esse. Cum enim Justinianus Imp. illic mandet sequestrationem, hancque prædicto casu fieri præcipiat: ipso jubare clarius inde patet, eum non de voluntaria, utpote quæ ex mera partium conventionione, sine judicis procepto, præficiscitur; sed de judiciali aut necessaria sequestratione loqui: quemadmodum id verb. suis ostendit Andreas Cludius d. tract. de jur. sequestrat. cap. 5. num. 77.

- 123 Decimus sequestrationis constituitur casus : si fisco aliquid debeatur, nec debitor persolvat debitum ; ad sequestrationem bonorum debitoris, non citra rationem, descenditur. Tum quia propter debitum fiscale potest debitor incarcerari, arg. l. 2. ibi, custodia. § l. 3. ibi, abreptus. Et utrobique glos. C. de exactorib. tributor. proindeque multo magis bona ejus sequestrari poterunt : cum plus sit, longeque gravius, personam capere, quam bona sequestrare, arg. c. 2. ibi, vos mitius cum eo agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. Et ibi Panormitan. n. 12. ext. de dol. Et contumac. Bald. in l. per diversas. 22. num. 44. C. mandati. Tum quia debitor pro pecuniario debito non est incarcerandus, si bona habeat, ex quibus creditori satis fieri possit. arg. l. à Divo Pio. 15. §. in venditione. 2. ff. de re judic. l. 1. C. qui bon. ced. poss. Bartol. in d. l. 2. num. 3. C. de exactorib. tributor. Ergo in fisci arbitrio positum est ; sequestrationem bonorum petere, & debitorem carceri non mancipare. Ita tenent Matth. Coler. d. process. execut. part. 1. cap. 2. num. 142. huncque referens Cludius d. c. 5. num. 82. Scaccia lib. 3. c. 38. num. 6. de judic. caus. civil. crim. Et haretic. itemque Gilhausen. in arb. judic. pag. 6. c. 10. §. 3. num. 29.
- 124 Undecimus casus est : si appellatum sit à sententia lata de spiritali beneficio, quod una cum fructibus apud personam idoneam sequestratur ; nisi condemnatus triennio pacifice beneficium istud possederit. Tunc etenim sequestratio cessat ; & possessor in beneficii spiritalis possessione tuerendus est, per textum in Clement. unic. de sequestr. possess. Et fru. l. Gædd. in cap. 3. de sequestrat. poss. num. 10. D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 69. edit. 2. Quando autem in appellationis instantia, propter fugam aut dilapidationem sequestratio decernenda est : non iudex inferior, à quo est appellatum, sed iudex superior, ad quem causa per appellationem est devoluta, sequestrationem decernit. l. ab executione. 5. Et ibi glos. in verbo, cognitor. C. quor. appellat. non recip. Ratio, cur eo casu iudex inferior sequestrationem decernere nequeat ; est facilis : quia totius causæ negotium per appellationis viam ad superiorem est devolutum. c. pastoralis. 28. §. praterea. de offic. Et potest. jud. deleg. ac iudex inferior, lata semel sententiâ officio suo perfunctus est. l. iudex. 55. ff. de re judicat. Gædd. in d. cap. 3. num. 23. de sequestrat. poss. Et fru. l.
- 126 Duodecimum casum, quo sequestratio permittitur dicitur, subministrat odium rei contumaciter absentis. Nam si quis in iudicium vocatus non compareat, sed contumaciter sese absentet : contra eum recte ad sequestrationem bonorum, quæ vocantur in controversiam, devenitur. c. ex literis. 2. ext. de dol. Et contumac. Cum enim possit iudex partem præsentem in possessionem ex primo decreto immittere. c. tua. 3. Et c. quoniam frequenter. 5. ut lit. non contest. non procedatur. Et c. multo magis concedendum est iudici, propter contumaciam rei conventi, bona ejus sequestrare : quippe cum minus præjudicium inferat sequestratio, quam missio in possessionem bonorum. Siquidem missus post annum, veram acquirit possessionem : quod in sequestratione, jure proditum non extat. Ita sentiunt Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. c. 2. num. 10. vers. octavus, Et c. Curtius in tract. de sequestrat. in princ. num. 12. vers. quindò fallit. Angel. de sequestrat. num. 10. Molin. in consuetud. Parisiens. tit. 7. § 52. glos. 1. in verb. arrest. num. 11. Wesenbec. consil. 7. n. 4. Matth. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 2. num. 84. Et seqq. hosque omnes laudans D. Cludius saepe allegato tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 90. cum seqq. ubi non solum secundum hanc, ab Interpretibus nostris unanimiter receptam sententiam in Collegio juridico Academiae Helmstadiensis pronunciatum esse, asserit : verum etiam argumentis nonnullis, quæ contra istum casum à dissentientibus proferuntur, abunde satisfacit : quod Lectorem benevoluntatis studio rejicimus.
- Posteaquam igitur præcipuos casus, quibus sequestrari res possunt, breviter recensuimus : nunc paucis de modo & forma sequestrandis, propter ejusmodi casus, rem aliquam, dispiciamus. Modus autem & forma sequestrandis primum in eo consistit : ut ad sequestrationem videndam citetur is, 129
- 130 cuius in præjudicium ea tendit. Notissimi quippe juris est : quod in omnibus actibus, qui adhibitâ causâ cognitione expediuntur, & maximi sunt præjudicii, partis adversæ, cujus interest, citatio requiratur. l. de unoquoque. 47. in princip. ff. de re judic. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus. l. in causa cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. bona. 3. §. si causa cognita. 8. ff. de bonor. possessionib. Novell. 119. cap. 6. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quest. 7. num. 40. Camill. Borell. in suis decis. de sequest. num. 18. Scacc. lib. 1. cap. 38. num. 25. de judic. caus. civil. crimin. Et hareticalium. Trentacing. lib. 3. resolut. 12. num. 5. D. Anton. Winter. in suo Assessore. part. 1. cap. 4. num. 35. Et 40. Illudque adeo censetur verum : ut, si Princeps sine partis citatione procederet, alterique præjudicium crearet ; justâ ex causa istud factum non præsumeretur, per notata Abbatis in capit. 1. col. 5. de caus. possess. Et propriet. Socini consil. 266. num. 55. vol. 2. Iasonis consil. 233. colum. fin. num. 3. vol. 2. Et Cravetta consil. 50. num. 5. Et sanè citatio, cum facti sit, solennitasque extrinseca, non præsumitur, nisi probetur. l. quæcumque. 13. §. fin. ff. de Public. in rem act. c. quod sicut. 28. Et ibi glos. in verbis vocatos, de electione. Vant. in tractat. de nullitatib. titul. de nullitat. ex defectu citat. num. 22. Alciat. de præsumptionibus. præsumpt. 9. numero. 19. regul. 3. latè Mascard. vol. 1. de probationib. conclus. 290. num. 1. 2. Et 4. Enim verò si de fuga omnino suspectus sit adversarius ; proindeque metuendum, ne ad illam ipsâ citatione verbali instruat : tunc, omittâ citatione, iudex rem de qua est controversia, sequestro deponere potest. Siquidem contra fugitivos procedi solet de facto, ordine juris non servato, argument. l. quæsum. 14. ibique Gothofred. ff. de pignorib. l. penult. Codic. de pignorat. act. Bald. in l. fidejussor. 7. §. fin. Et ibid. Alexand. num. 3. Et Iason. num. 10. ff. qui satisdar. cogant. Cephal. consil. 439. num. 58. Et seq. lib. 3. Francisc. Vivius in communibus opin. in verb. sequester. D. Bocer. class. 2. Disputat. 11. thes. 76. edit. 2. Hinc rectè traditum est : propter præsens moræ periculum, non solum ad sequestrationem bonorum ; sed & ad capturam personæ, diebus quoque feriatis, in honorem Dei introductis, procedi posse, argument. l. 1. §. fin. Et l. solet. 3. ff. de feriis. Curt. d. tractat. de sequestris. quest. 10. n. 47. Sichard. in l. unic. n. 12. Codic. de prohib. sequestrat. pecun. Bald. in dict. l. si fidejussor. 7. §. ultim. num. 1. ff. qui satisdar. cogant. Et idem in l. dies festor. 11. C. de feriis.
- Deinde in sequestratione legitime decernenda requiritur : ut iudici fiat fides de credito seu jure, propter quod sequestratio petitur. Ad nudam enim assertionem ac petitionem creditoris sive actoris : sequestum non debet à iudice discreto concedi ; sed prius diligenter investigari, an reus, cujus bona sunt sequestranda, actori sit obligatus, vel aliquid debeat : id quod chirographo, publico instrumento, vel testibus, fide dignis, probari poterit. Nam si ad simplicem cujusvis petitionem seu instantiam, sequestrationis remedium decernendum foret : quilibet hoc petere, & reum fructuum perceptione spoliare posset : quod & juri, & rationi naturali vehementer adversatur. dict. l. unic. Cod. de prohib. sequestrat. pecun. Andr. Clud. in tract. de jure sequest. c. 5. n. 110. Et c. 6. n. 7. Et licet quidam Interpretes ad obtinendum sequestum, publicum instrumentum, quo doceatur de debito, præcisè necessarium esse opinentur. Bartol. in l. jubemus. 16. num. 5. Cod. de erogat. militar. annon. Mathesilanius in tract. de carcere Grammat. consil. 27. n. 2. Et si qui sint alii, attamen contrariæ sententiæ defensionem qui suscipiunt, veritati propius accedere mihi videntur. Tum quia summaria duntaxat causæ cognitio ad concedendum sequestum sufficit : cum ea quoque in primo decreto requiratur. l. si is, à quo. 3. §. 1. ff. ut in possess. legator. Et c. Bald. in d. l. un. C. de prohib. sequestrat. pecun. Iohan. de Imol. Et Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. §. fin. ff. de appellat. Iason. in d. l. si fidejussor. 7. §. fin. num. 13. ff. qui satisdar. cogant. Mascard. vol. 3. de probationib. conclus. 1298. n. 3. Tum quia si duo testes sufficiunt ad debitum principale probandum : multo magis illi hic suffecerint, D. Bocer. d. class. 2. Disputat. 11. thes. 77. sub. lit. d. edit. 2. Nec repugnat textus in d. l. jubemus. 16. §. super hit. 2. in verb. erogata-

erogationis pyctacia. C. de erogat. militar. annon. ubi ad obtinendum sequestrum videtur instrumentum publicum fuisse necessarium. Etenim ibi pyctacia non sunt publicum instrumentum; sed rationes & commentarii annorum militarium: ut bene notarunt Cujacius & Gothofredus ad l. actuarii. §. Codic. eod. tit. itemque D. Bocer. d. thes. 77. ad lit. E. Tametsi specialem illic contineri casum existimet Cludius d. cap. 6. num. 9.

136 Præterea sequestrationem petens debet notum facere judici, & demonstrare: periculum aliquod subesse, vel ne res consumatur, vel ne debitor efficiatur non solvendo, aut hujusmodi aliam probabilem justamque subesse causam. Ita scribunt & sentiunt Abbas in cap. 2. num. 29. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Iason & Alexand. in d. l. si fideiussor. 7. §. fin. ff. qui satisdar. cogant. hosque referens Mascardus d. conclus. 1298. num. 4. vol. 3. Cum enim sequestratio regulariter sit vetita ac prohibita: causa justa non præsumitur, sed probatione opus habet: siquidem pro reo militat juris regula, quæ sequestrationem prohibet, & onus probandi in adversarium rejicit. l. ab ea parte. §. & l. in exceptionibus. 19. ff. de probationib. & pro regula, hoc est, sequestrationem non admittendam esse, pronunciat: nisi contrarium, id est, causa, ex qua admittenda sit, demonstretur. Bald. in cap. 1. num. 2. ext. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Wesenbec. consil. 7. num. 7. & attingimus supr. num. 92.

137 Adhæc, ad sequestrationis permissionem desideratur: ut iudex, citatis & auditis partibus, jureque actoris explorato, & causâ, ob quam sequestratio petitur, adductâ, cognitionem causæ adhibeat, & accurate seduloq; dispiat: an jus actoris saltem summarie sit probatum: an defensiones rei conventi sint relevantes: an item causa sequestrationis sit sufficiens, justa & legibus approbata. Nam si causam sequestrationis justam, & legibus expressam, vel expressis parem aut graviolem deprehendit: licet, & absque periculo, sequestrationis necessitatem decernere poterit. Cæterum in decernenda sequestratione cognitionem causæ necessariam esse, evincitur ex l. ei, apud. quem §. §. ultim. ibi, denunciatione facta. ff. deposit. l. in causa cognitione. 13. in fine principii. ibi, causa enim cognita. ff. de minorib. l. nam ita Divus. 39. ff. de adoptionibus l. de qua re. 74. in princ. ff. de judiciis. Imò sequestrum, causæ cognitione non præeunte factum, censetur nullum: quia tunc ex solo officio est permillum. Iudex autem ex se ad officium moveri non debet sine iusta causa, & causæ cognitione. c. 1. junctâ ibi glos. in verb. pro suo arbitrio. de sequestrat. possess. & fruct. Atque ita in terminis docent Angelus consil. 107. num. 2. Wesenbecius d. consil. 7. num. 7. pag. 336. & seq. eosque referens Cludius d. tract. de jure sequestrat. cap. 6. num. 13. & seqq. ubi subjicit, in tantum cognitione causæ opus esse, ut etiam in notoriis earequiratur, per doctrinam Baldi in l. cum fratrem. 9. num. 5. Cod. de his, quib. ut indign. & in l. ea quidem. 7. ubi etiam latè Salicet. C. de accusationib.

138 Denique inter requisita sequestrationis numerat quoque juramentum calumniæ Vincentius Coratius in tract. de sequestro. part. 3. quæst. 4. ut nimirum pars, quæ sequestrationem fieri petit, jurejurando affirmet; se non calumniæ & æmulationis causa; sed ad juris, debique sui conservationem id facere; argument. l. de pupillo. §. §. opus. 14. ubi Iason. ff. de operis novi nunciat. & l. qui bona. 13. §. si alieno. 13. ff. de dam. infect. D. Bocer. class. 2. Disput. 11. thes. 75. edit. 2. Bauman. in tract. de sequestris. cap. 5. num. 2. Quod tamen non perpetuum esse videtur. Ideoque iudex hoc casu diligenter advertere debet; num istiusmodi juramento opus sit: & non potius

139 animo calumniandi ab adversario exigatur. Quid enim si causa, ex qua sequestratio fieri potest, manifesta sit & notoria? quorsum hinc calumniæ sacramento opus esset: cum haud temerè, sed magna cum discretionem & prudentia, à iudice juramenta sint imponenda; tradente Cludio præ-

140 allegato cap. 6. num. 19. Quod si ex justa aliqua causa, itemque debito modo ac forma sequestratio fiat: adeo licita reputatur, ut si quis eam impedire conetur; & quid contra eam tentet, si de litigantibus fuerit, jure suo cadat; sin alius, excommunicetur jure canonico. Clement. un.

de sequestrat. possess. & fruct. Oldendorp. in enchiridio exception. in exceptione sequestri. fol. 93. vel aliter jure civili coërceatur. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemper. l. à Divo Pio. 15. ff. de re judicat. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 79.

Elegans hic incidit quæstio: si sequestratio fructuum, 141 pecuniæ, vel alterius rei, à iudice fuerit justè & ritè facta: pars autem sequestrationem patiens aliunde non habeat, quo se sustentare, ac litis expensasolvere queat: an, lite adhuc pendente, ei sumptus ad litem, & necessaria alimenta, ex re litigiosa sequestratâ, sint suppeditanda? Et ajens sententia frequentius, & meritò quidem, obtinuit. l. ultim. ubi Baldus & Salicet. C. de ordine cognit. l. unic. §. super peculio. C. de assert. tollend. l. sed et si hereditas. 11. §. 1. vers. proinde ff. ad exhibend. Iacobus de Arena in tractat. de sequestris. num. 14. Francisc. Curt. in tractat. de sequestris. quæst. 1. num. 10. Coler. in tract. de process. execut. part. 3. cap. 11. num. 6. p. 703. D. Bocer. d. Disput. 11. thes. 80. Trentler. Disputat. 26. thes. 11. lit. g. volum. 1. Hackelman. Disputat. 9. thes. 15. lit. f. Clud. d. tract. de jure sequestrat. cap. 5. num. 86. & cap. 10. n. 24. & seq. ubi plures adhuc laudat. Neque adversatur, 142 quod nemo adversarium suum in se armare teneatur, argument. l. 1. C. de edend. & l. nimis grave. 7. Cod. de testibus. Malè namque asseritur, illius armis ac sumptibus adversarium armari: cum dubius & anceps litis eventus hunc dominum efficere possit: nec desint pro possessore præsumptiones, quibus in dubio multum fidei tribuendum. l. si ve possidetis. 16. C. de probationibus. Et ita, post Franciscum Herculanum in proband. negat. & Alciat. de præsumpt. à se citatos, docent D. Gæddeus in cap. 2. num. 54. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Knipschildt d. exercit. 4. quæst. 13. pag. 146. & Alexand. Trentacinq. liber. 3. resol. 12. num. 6. vers. & quando. & c.

Porro ad officium sequestris pertinet: ut rem penes se 143 depositam diligenter ac fideliter custodiat: ne ipsius dolo, latavè culpa res ista quid incommodi capiat, argument. hujus nostri §. l. 1. l. propriè. 6. ibi, custodiendum. l. si sine dolo. 20. & l. quod Nerva. 32. ff. deposit. Fürstlich Würtembergisch Ernevert Landrecht/part. 1. tit. 80. §. Und welcher. p. 230. Sed & sequester non solum rem ipsam, ne deterior fiat, custodire; verum etiam fructus colligere, in tutum reponere, dissipata, & malè ablata revocare; adeoque omnia ea facere debet, quæ vir bonus in re aliena custodienda & administranda facere solet; donec lis finiatur, vel causa terminetur, cap. 1. ibi, ut de causa possessionis, & c. item c. 2. extr. de sequestrat. possess. & fruct. ibique D. Gæddeus num. 55. l. postquam. §. §. 1. vers. sed si nec ipsi. ff. ut leg. seu fideicom. serv. caus. caveat. l. is, cui legatorum. §. §. qui legatorum. 22. ff. ut in poss. ff. legat. vel fideicommiss. servand. causa esse lic. Quin & hoc ad se- 144 questris officium spectat: ut fructus, tempore perituros, distrahat: & precium inde redactum, pro utilitate litigantium, in usuras concedat: fructus autem, morâ non deteriores futuros, studiosè conservet & custodiat, argument. dict. l. is cui. §. §. qui legatorum. 22. vers. quinimò. tales. ff. d. tit. l. litibus. 20. §. 1. & 2. Codic. agricol. & consil. & l. ultim. §. 1. ff. de requirend. vel absentib. damnand. Angel. Aretin. in l. Imperatores. 21. ff. de appellat. Corasius de sequestro. part. 2. quæst. 21. & part. 3. quæst. 47. Neque verò fructus tantum; sed & rem ipsam litigiosam, quæ tempore sive morâ est peritura [cum eadem in hac re, quæ in fructibus hinc militet ratio: ne scilicet ea partibus planè pereat] in litigantium commodum, sequester vendere; & precium inde redactum loco rei custodire, ac conservare poterit, argument. l. fin. C. de ordin. cognit. d. l. litib. 20. §. 1. & 2. C. de agric. & censit. Bartol. in l. interesse. 39. n. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. & idem in l. si quis affirmavit. 9. (in quibusdam exemplaribus est l. si oleum. 10.) per istum text. m. num. 3. ff. de dol. mal. Coras. d. part. 3. quæstion. ultim. Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 70. num. 10. pag. 242.

Cui non obstat l. ait prætor. 7. §. 1. & 2. ff. de jure de- 145 liberand. ubi expressum est, sine prætoris sive judicis permillu alienationem seu diminutionem rei minùs ritè fieri: ac proinde sequestrum judicis auctoritatem adhibere de-

bere. Nam lex illa nequaquam de casu nostro sive de sequestre; sed de longè diverso casu, nimirum de tutore, qui nomine pupilli, heredis instituti, tempus ad deliberandum petiit, disertè loquitur. Hic tutor res hereditarias diminuerè nequit: nisi causa cognita, bonique viri arbitratu diminutio fiat. Ratio autem, quare tutor illud facere nequeat, duplex est: tum quia tutor, qui res hereditarias privato arbitrio alienaret; hereditatem expilasse, resque istas in fraudem creditorum alienasse videretur, *de quo crimine est tot. tit. ff. expilata hereditat.* Tum quia si auctoritate propriâ ejusmodi res alienaret: hereditatem adiisse, seque pro herede gessisse, crederetur. *l. pro herede. 20. cum l. seq. §. 1. & l. gerit. 88. ff. de acquir. vel amitt. heredit.* Quæ gemina ratio cum in sequestre cesset; idcirco quod de tutore allatum est, ad illum trahi non debet, *argum. l. quod verò. 14. §. 1. seq. ff. de legib. l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. D. Clud. in tract. d. jure sequestrat. c. 11. num. 31.*

146 Ecquid verò in sequestrem rei depositæ possessio transeat, dubia valde est, mirumque in modum agitata, diversisque Interpretum censuris vexata quæstio? Etenim quidam, per rei controversæ sequestrationem interverti possessionem, eamque simpliciter in sequestrem transire autumant. *Azo num. 2. & gloss. in verb. sequestrationis. in tit. Cod. de prohibit. sequestrat. pecun. Angel. in tract. de sequestrat. num. 2. Han-tonius in tract. de judicior. ordin. tit. de sequestratione. pag. mihi 37. Pratejus in Lexico, verb. possessio. in fine.* Alii è diametro contrarium tradunt; adeoque sequestrum nunquam possidere contendunt. *Cujacius lib. 9. observat. c. 33. in vers. in possessione est depositarius, &c. Idque tenuisse glossam in c. examinata. 15. ext. de judic. refert Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 11.* Plerique inter voluntariam & necessariam sequestrationem distinguentes, in illa possessionem amitti, in hac non item, statuunt. *Bartolus in l. interesse. 39. num. 4. item Alexand. num. 4. ff. de acquir. vel amitt. possess. Salicetus, post Iacobum de Arena & Cynum, in l. unic. C. de prohib. sequestr. pecun. Panormitan. in cap. 2. ext. de sequestrat. possess. & fruct. Felin. in d. c. examinata. num. 11. de judic. Francisc. Curt. de sequestr. n. 7. Molin. ad consuetud. Parisiens. tit. 2. gloss. 1. verb. arrest. num. 26. Costal. in l. licet. 17. ff. deposit. ibique Wesenbec. in Paratitl. num. 6. Schneidevvin. in hoc §. nostro num. 5. Gail. lib. 1. observat. §. num. 10. & observat. 184. num. 9. & in tract. de arrest. c. 12. num. 6. Bauman. in tract. de sequestris. cap. 4. num. 3. & seq. Schickard. Disput. 12. ad Instit. thes. 6. sub lit. a. num. 3. & resolut. quæst. 4.* Aliqui alias; & quidem diversas, distinctiones & subdistinctiones adferunt. *Raphael. Cumanus in d. l. interesse. 39. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess. & Iohannes Petr. de Ferrar. in practicâ suâ, in formâ sequestri seu saximenti. verb. audeat vel præsumat. num. 1.* Nonnulli denique, & maximè recentiores, indistinctè tenent: quòd possessio in sequestrem non transeat; nisi expressè ac nominatim id à partibus litigantibus sit actum, dictum, & conventum. *Ioan. Corasius d. lib. 3. miscell. jur. civil. cap. 2. num. 14. Duaren. ad tit. 6. deposit. c. 1. circa finem. & lib. 3. de benefic. c. 10. Iul. Pacius centur. 4. ἐναρτιοφανών quæst. 80. Forner. in l. sequester. 110. in fine. ff. de verbor. significat. Gæddens in cap. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 115. cum seqq. D. Bocer. in hoc §. num. 79. pag. 201. class. 2. Disput. 11. thes. 8. edit. 2. Bronchorst. cent. 2. ἐναρτιοφανών. assert. 66. edit. 1. Hackelman. Disput. illustr. 9. thes. 15. ad lit. d. Cludius in tract. de jur. sequestrat. c. 9. num. 25. cum seqq. Hunnius Disput. 14. thes. 27. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 4. p. 954. & seq. Olemannus in not. ad Disput. 25. Giphani, ad Instit. num. 11. & seq. Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 3. quæst. 3.*

147 Richter. d. disput. 5. th. 2. sub lit. d. pag. 122. & seq. Atque hæc sententia (quam & ego verissimam esse puto) confirmatur primùm manifesto & inevitabili textu in d. l. interesse. 39. ff. de acquir. vel. amitt. possess. ubi Julianus docet, per sequestrationem non transferri possessionem; nisi apertè hoc inter litigatores fuerit approbatum, sive actum, conventum & expressum. Cujus legis (ut planius

intelligatur] talis constitui solet facti species: Cajus & Mævius de re quadam disceptarunt, & tandem eam apud sequestrum deposuerunt, eâ conditione, ut illi, qui reportaret victoriam, redderetur. Quaritur itaque, an ista hac sequestratione videatur actum; ut, lite pendente usucapio non adimpleatur; sed potius interrupta censeatur? Julianus consultus per distinctionem respondit: Aut hoc apertè est actum, ut possessio omittatur: aut custodiæ duntaxat causa res litigiosa est deposita. Priori casu ad usucapionem possessio partibus non procedit, hoc est, litigatores usucapionem inceptam non adimplent: sed ea, sequestratione interveniente, interruptitur: quoniam omittitur hoc casu possessio à partibus, & sequestri committitur, nec usucapio ulterius progreditur. Posteriori verò casu usucapio non impeditur: sed possessio, quæ penes deponentem fuit, penes ipsum manet, victorique ad usucapionem procedit & prodest. Cum enim hac specie in sequestrem non sit translata possessio: perspicuum evadit, usucapionem antea coeptam non impediri, neque interrupti; sed, permanente penes deponentem possessione, eam continuari, *argum. l. sine possessione. 25. & l. non solum. 31. §. qui pignori. 4. ff. de usurpat. & usucapionib.*

Deinde sequestrem regulariter non possidere, inde quoque patet: quòd sequestrum est species depositi, ut ostensum supra num. 9. & 10. Nullum autem depositum propriâ vi ac virtute, sine partium expressa conventionione, transfert possessionem in depositarium: quoniam modus transferendæ possessionis non est; sed custodiæ solummodò causa res alteri committitur sive commendatur. *l. 1. & l. propriè 6. ff. deposit.* At custodia actum possessionis nullum habet: cum separata sint possessio, & custodia. *l. 3. §. ult. ibi, non possessionem, sed custodiam. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Præterea mitius agitur cum eo, cujus res ob contumaciam sequestro ponitur, quam si ob eam missio in possessionem ex primo decreto fiat. *cap. 2. in verb. cum eis mitius agere volentes, possessionem sequestrari fecistis. ext. de dol. & contumac.* Atqui per missionem in possessionem, missus possessor non constituitur. *l. 1. is, cui legatorum. 5. in princip. ff. ut in possess. legator. vel fideicommissor. servand. caus. esse lic. l. cum legatorum. 12. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Ergo multò minùs sequestratione possessio transferetur. Accedit, quòd nemo in dubio præsumitur animum perdendæ possessionis, & propriæ substantiæ profundendæ habere, *arg. l. cum de indebito. 25. in princip. vers. qui enim solv. ff. de probat. & l. fide eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess.* cum potius quælibet alia, etiam fatua & stulta causa, quam voluntaria bonorum, vel alicujus juris perditio donativè, præsumatur, *argum. l. Campanus. 47. ff. de operis libertor. l. si cum autem 50. & ibi Bartol. ff. de solutionibus. Bald. in l. generaliter. 13. num. 7. C. de non num. pecun. Wesenbec. consil. 42. num. 57. latissimè Tiraquellus in repetitione. l. si unquam. 2. in verb. donatione largitus. num. 206. & seqq. ubi hæc de re plura cumulavit.* Igitur nec hoc in loco possessionis translatio præsumi poterit. Adhæc ut possessio transferatur, titulus habilis & idoneus requiritur: aliàs, justo titulo deficiente, res custodiæ causâ tradita censetur. *l. cum pater. 77. §. pater. pluribus. 21. ff. de legat. 2.* Depositum verò titulum habilem ac idoneum non esse, ut per eum possessio transferri possit, apparet ex d. l. 1. & d. l. propriè 6. ff. deposit. Ideoque consequens est, traditionem ex depositi sive sequestri contractu factam, non animo transferendæ possessionis, sed custodiæ potius causâ factam censerè. Hoc ampliùs, officium sequestris est: rem, ejusque possessionem deponentibus conservare ac custodire, ut nihil damni in eâ accipiant, per notata Iacobi de Arena in tract. de sequestrat. num. 1. & 2. & dictum supra num. 129. At si possessio fieret sequestris: sine damno & injuriâ deponentium, officium suum non exequeretur: tum quòd possessio interrupteretur, & usurparetur. *l. naturaliter. 5. l. possessio. 20. ff. de usurpat. & usucap. tum quòd non custodiret tantum, sed possessionis jus pro suo etiam haberet: cum id, quod possidemus, in nostris quoque bonis habere dicamur. l. bonorum 49. ff. de verbor. significat.* Quæ cum ita sint: firmiter cum Corasio, Gæddæo, Cludio, & cæteris Interpretibus præ-

præallegatis, concludendum est: in sequestrem rei depositæ possessionem non transire: sed apud deponentem eam permanere; nisi illud expressè ac nominatim à litigatoribus actum, dictumque fuerit. *Huiusque conclusioni etiam patrocinantur Philipp. Adolphus à Münchhausen, in suis disceptationib. Pandect. quest. 17. Dornspenger. lib. 3. syntag. jur. c. 10. de sequestro. pag. 746. Cöppen. lib. 2. observ. 15. num. 13. Gilhaus. in process. judic. c. 10. part. 6. §. 3. n. 10. hosq. refer. D. Besold. & Kierner. in d. disput. de jure sequest. th. 90. Knipschild. d. exerc. Acad. 4. quest. 18. pag. 145. & seq.*

153 Nec isthanc decisionem enecat lex. licet. 17. in fine. ff. deposit. ex quâ dicendum videtur, possessionem rei depositæ in sequestrem transferri. Nam primò respondetur: Florentinum Jurisconsultum ibi de ejusmodi casu intelligendum esse, quando non apparet, uter ex litigatoribus possideat; sed uterque se possidere contendit. Si propter hanc incertitudinem sequestratio interponatur; possessio in sequestrem transfertur. Idque ex hisce Jurisconsulti verbis evincitur: *ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Tunc enim possessio, quæ antea dubia fuit ac incerta, nulli erepta, sed potius sequestri, donec lis per sententiam finem accipiat, commissâ putatur. Aliàs cum constât quempiam solum esse possessorem: sed ex causa propter securitatem, putâ creditoris, vel agentis actione reali, partes etiam voluntariè ad sequestrum descendunt: possessionem à possidente avocari, & in sequestrem transferri nemo dixerit: cum jactare suum, aut animum dimittendæ possessionis habere, nullus præsumatur. *d. l. cum de indebito. 25. in princ. vers. qui enim solvit. ff. de probationib. Coras. d. lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. num. 15. Bronchorst. d. centur. 2. assert. 76. edit. 1.* Deinde non incommode dici potest: Florentinum de illâ loqui sequestratione, in quo possessio est deposita sive sequestrata. Possessio etenim, secundum eundem Jurisconsultum, rei depositæ apud deponentem manet, nisi apud sequestrem deposita est, id est, nisi ipsa possessio apud sequestrem deposita est; vel, nisi animo dimittendæ possessionis res est tradita, ut Julianus ait *in d. l. interesse. 39.*

154 ff. de acq. vel amit. poss. Deponere namque, hîc dimittere significat: Unde frequentes hæ locutiones: Imperium deponere, Magistratum deponere, deponere possessionem. *l. si me in vacuum. 34. in pr. ibi, quia animo deponere & mutare nos possession. posse, &c. ff. d. tit.* Cui congruunt sequentia ejusdem Florentini verba: *Nam tum demum sequester possidet,* id est, eo tantum casu possidet sequester, cum possessio apud ipsum dimissa depositaque est. Et subjicitur ratio: *Id enim agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat,* hoc est, id agitur eâ depositione, in qua dictum & actum est, ut possessio transfret in sequestrem, & ut neuter ex litigatoribus possideret, sed solus sequester. Atque hac interpretatione adhibitâ, Florentinus *in d. l. licet. 17. ff. deposit.* optimè convenit cum Juliano *in d. l. interesse. ff. de acq. vel amit. possess.* ita ut in utraque lege possessio in sequestrem transferatur, si hoc apertè ac expressè à partibus approbatum, dictum & actum fuerit. Atque ita eleganter istas duas leges, quæ invicem pugnare videbantur, conciliat explicatque Duarenus *ad dict. tit. Codic. deposit. cap. 1. & d. lib. 3. de benefic. cap. 10. eumque laudans Cludius d. tract. de jure sequestrat. cap. 9. num. 37. Adde D. Besoldum part. 2. delibatorum jur. ex lib. 16. Pandect. q. 5. p. 106. & seq.*

155 Similiter decisionem nostram non debilitat c. 1. §. 1. ext. de sequestrat. possess. & fruct. ubi possessionem sequestrari; sicque sequestratione possessionem in sequestrem transferri, dicitur. Illic enim possessionis verbum non pro jure insistendi rei; sed pro ipsis rebus sive corporibus, super quibus lis est mota, accipitur. Neque novum est, ut possessionis verbo res ipsa contineatur. *l. cum miles. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. l. si medicus. 3. ff. de var. & extraord. cognit. l. magis puto. 5. §. idem prator. 10. ff. de reb. cor. qui sub tutela, &c. l. via sternenda. 4. ff. de privil. veteran. l. Pannonius. 86. §. fin. ff. de acquir. vel omit. hered. l. Imperat. 17. ff. de servit. præd. rustic. l. interd. 78. ff. de verb. significat. l. 2. C. de probat. l. si ex ea pec. 6. C. de rei vindic. & similib. Coras. d. lib. 3. miscellan.*

c. 2. num. 13. Gædd. in d. c. 1. de sequestrat. possess. & fruct. num. 125.

Nihil item assertioni nostræ adversatur Clement. unic. 156 de sequestrat. possess. & fruct. ubi cum beneficium sequestratur, ejus possessio in sequestrum transire videtur. Nam hoc saltem vult ibi Clemens Pontifex, ut si de beneficio litigetur ob animæ curam, illud ita sequestratur, ut aliquis sit, qui vice sequestri vel beneficiarii ea, quæ ad animarum curam, dignitatem & personatum (ut loquuntur) pertinent, expediat. At beneficiorum propriè non est possessio: cum non in corpore, sed jure percipiendi redditus, & similibus, consistant. Petr. Peck. ad cap. 1. de regul. jur. in 6. Non ergo sequester beneficium possidet: sed & possessionis, hoc est, reddituum & usus, custodiam in se recipit, ut similis est casus *in d. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. & cap. 2. & 3. ext. de sequestr. poss. & fruct. Gædd. d. loco, num. 127. Paul. Berens d. Disput. 9. them. 3. quest. 3. object. 3.*

Nihil quoque ad rhombum facit textus *in l. unic. ibi, 157 transferenda possessionis. Cod. uti possidet.* ex quâ colligi posse videtur, per sequestrationem possessionem transferri in sequestrem. Quamvis enim hanc legem de sequestratione accipiendam esse, arbitretur Johannes Robertus, lib. 3. sentent. jur. cap. 21. Imperatores tamen Diocletianus & Maximianus ibidem sequestrationis nullam prorsus mentionem faciunt, neque de sequestratione loquuntur: & juris ratio non patitur, ut quod de transferenda possessione ab Impp. dicitur, ad sequestrationem extendatur; cum ea regulariter possessionem in alium non transferat, ut supra sufficienter probatum, & notat Cludius *d. c. 9. num. 44.*

Haud præterea frangit conclusionem nostram: quod 158 Judex per sententiam suam aliquem suo dominio; & per consequens etiam possessione privare valeat. §. fin. infr. de offic. judic. l. qui universas. 30. §. item cum prator. 2. ff. de acquir. vel amit. possess. Antecedens siquidem non aliter verum est, quam si natura & indoles actionis hoc requirat, arg. l. ut fundus. 18. ff. communi divid. l. sunt & alia. 3. ubi Petr. Costal. & l. sed & si res. 7. ff. de public. in rem action. l. si per errorem. 17. ff. de usurpat. & usucap. d. §. fin. infr. de offic. judic. Imò ne tunc quidem judex dominium alicui per suam sententiam adimit: sed possessoris non esse, utpote quod alterius sit, saltem declarat, arg. l. sicut. 8. §. & si quidem. 4. ff. si servitus vindic. l. licet. 3. §. idem scribit. 11. ff. de pecul. l. Pomponius. 13. §. si jussu. 9. ff. de acquir. vel amit. possess. Iohan. Freig. in suo Zasio ad l. 5. ff. de justit. & jur. eumq. referens D. Gæddens *in d. c. 1. num. 128. extr. de sequestrat. possess. & fruct.*

Postremò nihil derogat nostræ traditioni Ordinatio Camera Imperialis, part. 2. tit. 21. §. ult. vers. Sollen Cammerichter und Bessiger / 2c. ubi dicitur, non solum ad instantiam partis: verum etiam ex officio à Judice & Assessoribus Camera Imperialis possessionem sequestrari posse. Nam respondendum: Ordinationem sive constitutionem istam Cameralem eo de casu esse intelligendam, quo non apparet, uter ex litigatoribus possideat, adeoque possessio dubia & incerta est, ac uterque se possidere contendit: hac utiq; specie judex ad sequestrationem licitè procedit. Quinimò isto casu possessio partibus non adimitur, nec in sequestrem transfertur; sed potius victori, & possessionem summarie duntaxat probanti conservatur, sequestriq; conservanda committitur: Ita enim in fine d. tit. 21. subjicitur: *Und so das beschehen/sol alsdann solchs Theil an seinem Inhaben oder Besitz / in Rechten nachtheilig seyn.* Qua de re explicatius dilertat D. Clud. *prædicto tract. de jure sequestrat. c. 9. num. 42. & seq.*

Ambigua quoque & in signis disceptatio est: utrum is, 160 apud quem factum est Ecclesiæ, vel juris patronatûs, aut beneficii, cui tale jus cohæret sequestrum, vacante Sacerdotio, jus præsentandi aut conferendi habeat? Atque hunc sequestrem ejusmodi jus præsentandi habere (explosâ opinione contraria Hostiensis, Antonii de Butrio, Panormitani & Corseti in c. exam. 15. ext. de judic. Hieronymi de Cavall. in commun. op. contra com. q. 740. & Schickhardi Disp. 12. th. 6. ad lit. a. n. 2. & resol. q. 4.) & crebriorib. & faniorib. Interpretum suffragiis receptum est Favor etenim ac

utilitas Ecclesiarum hoc suadet: ne deficiente iusto pastore, ovile Christi rapacis alicui lupo pateat. *ne pro defectu*. 12. *ext. de elect. & electi potest.* Nec æquitati consonum est: ut disciplina Ecclesiastica periclitetur propter partium conventionem, *argumento cap. 1. ext. de dolo & contumac.*

162 Adde, quod nemo inficiari potest, quin administrationem sequester habeat non temporalium modò, sed etiam spiritualium, *Clement. unic. de sequestrat. possess. & fruct.* Itaque fructuum collectio ad eum pertinet, in quibus & beneficiorum collatio numeratur. Et hanc, tanquam communem, amplectuntur sententiam *Innocentius*, *Ioan. de Lignano*, & *Barbat. in d. c. examinata*. 15. *ext. de judic. Domini de Rota decis.* 334. *Paul. de Leazaris. & Cardinal. in d. Clement. unic. notab.* 10. *de sequestrat. possess. & fruct. Geminian. in c. nemo deinceps*. 15. *col. 2. de electione. in 6. Felin. in c. cum Bertholdus*. 18. *de sentent. & re jud. hosque citans Corasius lib. 3. miscellan. jur. civil. cap. 2. n. 16. & seq. Duaren. liber. 3. de benefic. cap. 10. Lambertin. in tract. de jur. patronat. q. 9. artic. 3. lib. 1. part. 2. Baptista à Villalob. in commun. opin. in verb. sequestrum. num. 52. Gæddens ad cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 59. & seq. Clud. in tract. de jure sequestrat. cap. 11. num. 27. Paulus Berens. Disputat. ad Institut. 9. them. 3. quest. 4. Hieronymus Gigas in tract. de pensionibus q. 72. huncque referens D. Bocer. class. 2. Disput. 11. thes. 13. edit. 2. Hackelman. disput. illustr. 9. thes. 16. lit. b.*

163 Non obstat, quod sequester nomine tantum alieno, futuri scilicet victoris, fructus colligit, vel in possessione est, *l. generaliter*. 9. & *l. interesse*. 39. *ff. de acq. vel amit. poss.* At qui alieno nomine possidet, vel fructus cogit, jus conferendi vel præsentandi non habet, *d. c. cum Bertholdus*. 18. *de sent. & re jud.* ubi creditor, cui jus patronatus cum universitate pignori erat obligatum, quia fructus alieno nomine, puta debitoris, colligebat, præsentare non potuit. Hoc, *inquam*, non obstat: quia in isto c. ideo creditor non præsentabat, quod suberat persona legitima & habilis ad præsentandum, videlicet debitor dominus, à quo iniquum esset jus illud præsentandi auferri. Hic autem nullus est, qui præsentare possit: quoniam ad hoc factum est sequestrum, ut neuter litigatorum, quamdiu res sequestrata est; ullum jus in eâ exercere queat. *Duaren. d. lib. 3. de benefic. cap. 10. in fine. Coras. dict. libr. 3. miscellan. cap. 2. num. 18.*

164 Non quoque obstat, quod sequestrum ad hoc fieri solet, ne dissipentur fructus, sed potius conserventur, restituendi ei, qui de proprietate obtinebit, *cap. 1. & 2. de sequestr. possess. & fruct.* Jam verò si sequester præsentaret, ejusque præsentatio admitteretur: sequestri fructus dissiparentur, qui nullo pacto victori restitui possent: contra finem sequestri. Non obstat, *inquam*, siquidem ad assumptionem breviter respondetur: præsentare non esse dissipare: quoniam præsentatus à sequestro, ab eo præsentatus censetur, qui obtinebit. *Coras. d. loco.*

Nihilo magis obstat *c. quoniam*. 3. & *cap. cum propter*. 27. *ext. de jure patronat.* ubi rescriptum est, controversia de jure patronatus orta; si, cui competat, intra quatuor menses non fuerit definitum; non sequestrem, sed Episcopum loci debere Ecclesiæ providere, & alium substituere. Nam per distinctionem respondendum: Aut jam vacante sacerdotio, lis de jure præsentandi vel conferendi inter plures patronos vel ecclesiastes orta est: aut, pendente lite super hoc jure, vacatio illa accidit. Priore casu obtinet illud, quod in præallegatis capitulis rescriptum invenitur: posteriori verò casu locum habet, quod superius pro decisione propositæ quæstionis attulimus. Ratio diversitatis est perspicua: quandoquidem priore casu hæc tacita deposito inest conditio; ne antè fiat collatio aut præsentatio, quam si controversia illa sit terminata: in posteriori casu isthæc conditio cessat: quia officium sequestri est, ut eo in statu rem custodiat, in quo acceperat. Accepit autem cum sacerdotio non vacante. Itaque, ut non vacans reddat, necesse est. Ita eleganter hoc explicat. *D. Gæddens ad d. cap. 2. de sequestrat. possess. & fruct. num. 60. cum seq. ejusque affecta Paulus Berens d. Disput. 9. them. 3. quest. 4. circa finem.* Eadem decisio non præter rationem extenditur ad illum

casum, si Status alicujus Imperii territorium vel castrum alteri Statui, vel Imperatoris Commissariis sequestro positum datumque sit: juxta Cameræ ordinationem *part. 2. tit. 21. §. fin.* Hos sequestres non solum jus patronatus, verum etiam exercendæ interim jurisdictionis habere, ut, si judex aliquis, pendente sequestratione, aut officialis moriatur, vel conditioni suæ renunciet, alium substituant, verisimilius putatur. Alioqui in eodem statu, resoluta sequestro, reddere non possent. *Gædd. d. loco. num. 62. Clud. d. tract. de jure sequestr. cap. 11. num. 28. Hackelman. d. Disput. 9. thes. 16. lit. C. Treutler. disp. 26. thes. 9. ad lit. E. volum. 1. D. Bocer. d. Class. 2. disp. 11. thes. 14. edit. 2.*

Quamvis autem sequestrum juxta riteque sit decretum: 166 oblatâ tamen & præstita idonea de rebus litigiosis conservandis satisfatione (quæ non in scitè medicina sequestri appellatur) istud relaxari, reoque suarum rerum usus, per sequestrationem ademptus, rursus permitti debet. *l. si fidejussor*. 7. *§. fin. ff. qui satisfac. cogant. l. senatusconsulto*. 16. *in fin. ff. de offic. præsid. l. ultim. ibi, si modò salvam rem futuram per idoneos fidejussores promiserit. C. de ordin. cognit. Mynsinger. centur. 5. observ. 35. num. 7. Gail. lib. 1. observat. 148. num. 5. Vivius lib. 1. opinion. commun. opin. 266. Sebast. Medic. in tract. de conservand. poss. gloss. 2. part. 1. num. 298. Quintilian. Mandos. de monitor. quest. 10. num. 3. Vincent. Caroc. de sequestro. part. 4. quest. 2. num. 1. D. Besold. d. part. 2. delibator. jur. ex lib. 16. Pandect. quest. 5. pag. 108. Francisc. Curt. in tract. de sequestris num. 55. & seq. Baptista à Villalob. commun. opin. verb. sequestrum. Ioan. Ferrar. Papiens. in forma sequestri sive saximenti. gl. 1. num. 5. Emanuel Soarez in thesaur. recept. sent. verb. sequestratio. num. 105. Gædd. in d. c. 3. num. 14. de sequestrat. possess. & fruct. Idque 167 tum demum procedere sciendum est, quando causa quoque, ob quam sequestratio concessa est, per satisfationem tollitur, & æquè bene adversario est consultum. Nam si sequestrationis causa non removeatur per satisfationem: probabilius est, cautionem sive satisfationem recipiendam non esse, *argum. c. ex transmissa* 8. & *c. literas*. 13. *§. fin. ext. de restit. spoliat. Panormitan. in c. 2. de sequestrat. poss. & fruct. D. Bocer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 81. edit. 2. Coras. d. lib. 3. miscell. jur. civil. c. 2. num. 19. & 20. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 70. num. 18. p. 242. Exempli gratiâ: Si propter timorem dilapidationis sequestratio decreta fuerit: cautio idonea ad relaxandum sequestrum meritò admittitur: quia tunc causa, propter quam judex permisit sequestrationem, cessat: ac victori futuro prospectum & cautum est, ut rem, quam petit, & obtinet, à fidejussoribus datis exigere, sive ex pignore constituto sibi satisfacere possit. Quod si verò propter metum armorum, ad evitandum periculum & scandalum, sequestratio fuerit concessa: satisfatio non recipitur: propterea quod causa sequestrationis factæ satisfatione non aufertur: sed armorum vitæque periculum, ac metusurbationis publicæ tranquillitatis permanet. Satisfatio quippe malevolum 168 propositum non immutat: & damnum facile resarciri nequit: adeoque hoc casu satisfationi locus nullus relinquitur, *argument. §. novissimè*. 12. *supr. de suspectis tutorib. latius D. Cludius. d. tract. de jure sequestrat. c. 10. num. 4. & seqq.***

Cæterum an juratoria cautio ad relaxandum seque- 169 strum sufficiat, si nec fidejussoribus, nec pignoribus reus, ob inopiam, vel aliam difficultatem, cavere possit, dubitari solet? Et quanquam id negant Bartolus in *l. litibus*. 20. *num. 5. C. de agric. & censur. Iason & Alexand. in l. 1. num. 23. vers. undecimò limita. & in l. si fidejussor*. 7. *num. 18. ff. qui satisfac. cog. Francisc. Curt. d. tractat. de sequestris. num. 56. Bald. Ioan. de Imola, & alii in l. filiusfam. 114. §. Divi Severus & Antonius. ff. de leg. 1. affirmantium tamen sententiam veriore & æquiore esse, reor: dummodo reus, ad juratoriam cautionem se offerens, integræ sit vitæ, ac probatæ existimationis. Ita tenent Mynsingerus cent. 2. observ. 11. Gail. lib. 1. observ. 148. num. 6. Gædd. in d. c. 3. n. 18. cum seqq. de sequestr. poss. & fruct. Vincent. Coras. in tract. de sequestrat. part. 4. quest. 2. num. 8. Matth. Coler. de process. execut. part. 3. c. 11. num. 94.*

- cum seqq. *Trentler. Disput. 26. thes. 12. volum. 1. D. Bo-*
cer. d. class. 2. Disput. 11. thes. 82. edit. 2. Hackelman. Di-
sput. illustr. 9. thes. 15. ad lit. D. Caroc. d. tract. de sequest.
p. 4. q. 2. n. 8. Camill. Börell. in suis decis. de sequest. n. 138.
Bauman. in tr. de sequest. c. 17. n. 22. cum seqq. Paulus
Berens. Disp. 9. ad Instit. them. 3. q. 5. Clud. d. c. 10. n. 8. &
aliquot. sequentib. Hæcque assertio sustinetur textu in l.
1. §. omne. 2. vers. sin verò. Cod. de assert. tollend. ubi is,
qui fidejussorem dare non potest, ad juratoriam caution-
em admittitur. Et illum textum de sequestratione ex-
audiendum esse, innuit ibidem Accursius super verbo;
juratoria. Huc etiam pertinet textus in Auth. generali-
ter. C. de Episcop. & cleric. Auth. hodie C. de custod. reor.
Novell. 112. cap. 2. in princ. vers. sin autem dixerit, &c.
& Novell. 134. cap. 9. vers. si verò juraverit, &c. Fürst-
lich Würtembergisch Erneuert Landrecht. part. 1. tit.
20. §. So ferr aber. pag. 104. quibus in locis expresse
constituitur, si per fidejussores, vel pignora caveri non
possit, ad juratoriam cautionem recurrendum esse. Quò
confert etiam textus in cap. per vestras. 7. §. mandamus.
ibi, sub ea, quam potest, cautione prestare. ibique glos. &
Canonista communiter. ext. de donat. int. vir. & uxor.
- 171 Nec obstat, quòd ad relaxationem sequestri idonea sa-
 tisdatio requiritur. *d. l. si fidejussor. 7. §. fin. ff. qui satisd.*
cogant. l. 1. u. t. Cod. de ordin. cognit. d. l. litibus. 20. C. de
agric. & censit. Satisfactio autem idonea propriè est illa,
quæ fit fidejussoribus, vel pignoribus. d. l. 1. ff. qui
satisfadar. cog. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor. l. si se non
obtulit. 4. §. ait prator. 3. ff. de re judicat. l. promissor. 21.
in fin. ff. de constit. pec. l. solutam. 49. in fin. ff. de solutio-
nib. l. ergo. 4. §. addici. 8. ff. de fideicommissar. libertati-
bis. Nam succinctè respondetur: adhibendam quidem
esse in sequestri relaxatione idoneam, & propriè sic di-
ctam satisfactionem, si fidejussores reperiri, vel pignora
dari possint, nec ad juratoriam, ceu impropriam, tran-
siliendum esse. At si idoneè caveri nequeat; ad jurato-
riam cautionem non malè recurritur; quemadmodum
id plenius persequitur Cludius loco paulò antè designato,
ubi omninò videndus.
- 172 Planè finitur sequestratio quatuor potissimùm modis.
 Et primùm quidem eam litis terminatione finiri, non
 ambigitur. *l. si fidejussor. 7. §. fin. ibi, lis finem accipiat. ff.*
qui satisd. cog. l. si quis affirmavit. 9. §. Labeo. ibi, donec
inter vos dijudicetur. ibiq. Bartol. ff. de dol. mal. l. fin.
C. de ord. cognit. l. litibus. 20. C. de agric. & censit. cap. 1.
ext. de sequestrat. possess. & fruct. Clementin. unic. eod. tit.
- 173 Lis autem terminata sive finita dicitur, quando senten-
 tia à iudice prolata transitum in rem judicatam fecit: i-
 deoque si appellatione ritè suspensa fuerit, lis finita non
 censetur, & consequenter sequestratio adhuc durat, *ar-*
gum. l. 1. in fin. ff. ad SC. Turpillian. gloss. in l. 2. super verb.
question. C. ut lite pendente, vel post provocationem, &c. d. l.
litibus. 20. C. de agric. & censit. Bald. in d. l. si fidejussor.
7. §. fin. ff. qui satisd. cogit. Spe ulat. in titul. de se-
questrat. poss. & fruct. §. 1. vers. sed pone, &c. Curt. in
tract. de sequest. quest. 18. num. 65. Neque resistit,
per satisfactionem de iudicio sisti, revocari sequestrium.
d. l. si fidejussor. 7. §. fin. & ibi glos. in verbo, satisfactio ff.
qui satisfadar. cog. Illam autem satisfactionem finiri latà à
iudice sententià, arg. l. Gracè. 8. §. & post litem. ff. de fi-
dejussor. b. Proindeque etiam in negotio sequestrationis,
latà à iudice sententià, litem censi finitam. Etenim fa-
cilis responsio est: quòd videlicet non simplex satisfactio
de iudicio sisti in sequestratione præstanda sit, sed satis-
factio de re litigiosa conservandà & restituendà: quæ ef-
fectum habet, donec sententia transeat in rem judica-
tam; & quamdiu per provocationem non suspendatur.
l. sciendum. 15. §. si fundum. 6. ff. qui satisfadar. cogant. D.
Clud. d. tract. de jur. sequestrat. cap. 10. num. 37.
- 175 Secundò finitur sequestratio per sequestri renunciatio-
 nem, iustissimà causà, iudicisque auctoritate interveni-
 ente, factam, *l. ei, apud quem. 5. §. fin. ff. deposit. ubi li-*
cet Ulpianus (ut patet ex verbis istis; denunciatione factà
his, qui eum elegerant, &c. ex Pomponii mente, de vo-
luntarià sive conventionali sequestratione loquatur,
quando nimirum partium consensu sive conventione

sequester est electus: idem tamen, & certè multò magis
 in necessarià sequestratione, quando sequester à iudice
 ex causa electus est, obtinet. Nam sequestrationem au-
 thoritate iudicis alicui impositam & susceptam, absque
 ejusdem voluntate ac decreto, & sine assignatione iustæ
 causæ, deferere aut deponere nemini permittitur. Quæ-
 nam verò sint iustæ renunciationis causæ, iudicis discre-
 tionis & arbitrio relinquitur, ut *Ulpianus in fine dictæ l. 5.*
subindicat. Trentac. q. lib. 3. variar. resolut. 12. n. 6. Coler.
d. tract. de process. execut. part. 3. c. 11. n. 9. Börell. d. de-
cis. ad tit. de sequest. n. 155. Porro sequestri officio per
 renunciationem admissam finito, res litigiosa non semper
 parti, quæ præsens est in iudicio, restituitur: sed potiùs
 apud ædem aliquam deponitur. Rarò enim, inquit *In-*
reconsultus loco jam allegato, ei res restituenda est, qui
venit: hoc est, qui ad denunciationem, iudicis auctori-
tate factam, in iudicio comparuit. Deponenda itaque
est penes tertium aliquem; vel ædem sacram, vel offi-
cium publicum: & his posterioribus casibus apud offi-
ciales ædis sacre, officiivè publici deposita intelligitur.
 Sed & apud eundem iudicem, coram quo lis ventilatur,
 fieri potest depositio, si ipsi hoc ita videbitur: uti, post
Sebastianum Medic. in tract. de conservand. possess. num.
294. & Curtium in tract. de sequest. num. 28. docet
Cludius d. c. 10. num. 43. auctoritate glosse in l. senatus-
consulto. 16. super verbo, deponatur. ff. de offic. præsid.

Tertiò finitur sequestratio conditione existente, sub
 qua sequestratio fuit concessa, *argum. l. propriè. 6. ibi,*
certa conditione. ff. depositi. & dict. l. si quis affirmavit. 9.
§. Labeo. 3. ibi, nondum impletà conditione. ff. de dol.
mal. vel die veniente, in quem res litigiosa sequestri est
tradita, argum. §. hoc amplius. 4. supr. quib. mod. tollit.
obligatio. Idque tam in necessarià, quàm voluntarià se-
questratione procedere, veriùs est. Sive enim à partibus
sequester fuerit electus, sive à iudice constitutus, utro-
que modo sequester esse desinit, & quoad ipsum seque-
stratio finitur, resque alterius fidei ac custodiæ commit-
titur, notante Cludio d. cap. 10. num. 49. Quartò & ulti-
 mò sequestrationem morte sequestri finiri, vix dubita-
 ri potest. Nam cum personæ industria & fides hîc sit
 electa: ad heredes hoc officium non transit: sed morte
 illius, qui electus est, extinguitur, *argumento §. item si*
adhuc. 10. supr. de mandato. l. 1. in fin. ff. de constitutio-
nib. princip. l. quia tale. 13. ff. soluto matrim. c. privileg.
7. de reg. jur. in 6. & l. privileg. 196. ff. eodem.

Actio, ex sequestratione descendens, speciali nomine
 actio depositi sequestraria, ad differentiam actionis sim-
 plicis, nominari consuevit. *l. si in Asia. 12. §. cum seque-*
stre. 2. ff. depositi. l. si quis affirmavit. 9. §. si oleum. 3. ff. de
dol. mal. Wesenbec. in Paratit. ff. deposit. num. 6. vers.
his exceptis, &c. Alciat. in l. sequester. 110. circa finem.
ff. de verb. signific. Cuiac. in Paratit. C. de prohibit. sequest.
pec. in fine. Bauman. in tract. de sequest. c. ult. n. 28. &
seqq. Eaque duplex perhibetur: directa, & contraria. l. ei,
apud quem. 5. & tot. tit. ff. & C. depositi, vel contrà. Dire-
 cta competit litigatori, cui res tanquam vero possessori
 addicta est; adversus sequestrem, ut rationes reddat, &
 rem litigiosam, ad custodiendum acceptam, restituat cum
 omni causâ; hoc est, cum omnibus fructibus, commo-
 dis, utilitatibus & accessionibus, quas ex re ipsa depoli-
 tã tempore litis percepit. *l. 1. §. & ideo. 24. d. l. ei, apud*
quem. §. 1. & passim. ff. depositi. l. Iulianus. 9. §. penult. &
ult. ff. ad exhibend. Datur quoque hæc actio adversus
 sequestrem, ut eo loco rem depositam exhibeat, de quò
 conventum est. Quòd si de pluribus locis convenit: in
 arbitrio sequestri est, quo loco exhibere velit. *d. l. ei,*
apud quem. §. 1. ff. depositi. In alternativis enim electio-
 nem permissoris esse, constat *ex l. plerunq. 10. §. fin. ff. de*
jure dot. Sed si nihil convenit: denunciandum est ei, ut
apud prætorem exhibeat. d. l. §. 1. in fin. ff. depositi. Quod
 tamen accipiendum est, ut obtineat, quando institutum
 iudicium per iudicis sententiam nondum finem accepit.
 Eo siquidem finito, res non est penes aliùm sequestranda;
 sed restituenda ei, qui victoriã reportavit: ut rectè
explicat Cludius in tractat. de jure sequestrat. cap. 12.
num. 7. Præterea in heredem etiam ipsius sequestri,
 hanc

hanc sequestrariam depositi actionem reddi, expressum est in l. si hominem. 7. §. 1. & dict. l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. in fine. ff. deposit. Sicuti & contrario heredibus eorum, qui rem litigiosam sequestrarunt, actionem hanc directam, cum rei persecutoria sit, competere certum est. dict. l. 1. §. hac actio. 19. ff. eod. §. rei persequenda. 17. infr. de actionibus. Ceterum an & quatenus Magistratus pecuniam, apud se depositam alii, quam vero creditori, solvere possit, edocet Matth. Colerus, dict. tractat. de processib. execut. part. 3. cap. 11. eumque laudans Berlichius decisi. aur. §. 5. pag. 177. & seqq.

181 Contraria depositi sequestraria actio accommodatur sequestro, apud quem res litigiosa est deposita; ad repetendum & consequendum sumptus & damna, omneque id, quod in rem sequestratam necessariò, vel utiliter impendit, ne videlicet officium ei damnosum, vel deponens cum depositarii jacturâ locupletior fiat. dict. l. ei; apud quem. §. in princip. ff. deposit. l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. Salicet. in l. unic. Codic. de prohibitis sequestrat. pecun. Curt. in tractat. de sequestris. question. 3. num. 27. Sed & heredibus sequestris; ut & contra litigantium heredes, isthac actio datur. Hi enim cum eorum bona possideant; æquum omnino est, ut solvant sumptus, & alia, quæ sequestri ratione præstiti officii debentur, argument. d. l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. & l. jure naturæ. 206. ff. de reg. jur. Porro de aliis remediis, tum ipsi sequestri, tum contra eundem competentibus, enucleatè ac copiosè, post alios, quos refert, disputat Andreas Cludius dict. tractat. de jure sequestrat. cap. 12. num. 25. & multis sequentibus.

§. Creditor. 4. & ultimus.

Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de eâ re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitiâ. Sed quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere: si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere.

S U M M A R I A.

- 1 Tres pignoris notiones.
- 2 Pignoris definitio, ejusque explanatio.
- 3 Intellectus l. 1. in princip. & l. si convenerit. 18. ff. de pignorat. action.
- 4 Pignus unde, & quid propriè dicatur.
- 5 Pignus & hypotheca quomodo differant.
- 6 An statutum disponens de pignore, locum etiam habeat in hypotheca.
- 7 Pignus generaliter sumptum, quid significet.
- 8 Nemini res sua potest oppignorari.
- 9 Quomodo pignus differat à reliquis contractibus realibus.
- 10 Pignus aut voluntarium, aut necessarium. Hacque divisio à morsu Boceriano vindicatur.
- 11 Voluntarium pignus quid, & quomodo constituitur.
- 12 Pignus in quibus rebus constituitur tacitè conventionione.
- 13 Si gratis alicui habitatio concessa sit: ejus res inducta & illata nec pro pensione, nec pro deterioratione, domino obligatur.
- 14 Non solum primi, sed & secundi inquilini bona in vecta & illata, primo locatori tacitè obligata putantur.
- 15 Hujus decisionis ratio dubitandi & decidendi.
- 16 Per liberam personam alteri non acquiritur obligatio.
- 17 Intellectus l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.
- 18 Pradium urbanum in quo hic differat à rustico.
- 19 In pradium rusticum à colono inducta, locatori non esse tacitè obligata, aliquot rationibus ostenditur.
- 20 Inclusio unius est exclusio alterius.
- 21 Explicatio & intellectus l. certi juris. §. Cod. de locato & conduct.
- 22 Ratio differentie inter pradia urbana & rustica.

- 23 Qua expressè solita sunt fieri, pro expressis habentur.
- 24 Cur olim moris fuerit in locationibus pradiorum urbanorum, pactum expressum adicere de rebus illatis, ut essent pignori: non itidem in pradiis rusticis.
- 25 Non ex conventionione, sed ex inductione pignus contrahitur.
- 26 Qua illata sive inducta pignoris nexu teneantur.
- 27 An merces illa pro pensione intelligantur tacitè obstricta; quas mercator importat in domum conductam, ut eas postea distringat, & non, ut semper ibi maneat.
- 28 Natura & conditio mercium qua.
- 29 Vtrum res in pradium urbanum illata, antequam praeludantur, liberè alienari possint.
- 30 Res semper transit cum suo onere.
- 31 Intellectus l. est differentia. 9. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.
- 32 Ecquid libri Studioforum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacitè obligentur.
- 33 Obligatione rerum generali qua non contineantur.
- 34 Major vis taciti, quam expressi, esse nequit. & num. 66.
- 35 Num bona minoris 25. annis in pradium urbanum illata, tacito pignore, pro pensione domus, teneantur.
- 36 Tacitam hypothecam sive pignus lex ipsa inducit.
- 37 Quatenus res minorum obligari non possint sine decreto pratoris.
- 38 An nummi, in pradium conductum illati, tacitè obligentur.
- 39 Auctoris sententia nova.
- 40 An lectuli, vestes, & similes res, quarum quotidianus solet usus, tacitè obstringantur.
- 41 An instrumenta & chirographa, in domum conductam illata, tacitè obligata censeantur.
- 42 An res aliena, ab inquilino in ades conductas illata, locatori tacite pignori sint obligata.
- 43 Necessarium pignus quid, & quodplex.
- 44 Pignus legitimum quod dicatur.
- 45 Tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium: ejusque ratio.
- 46 Debitor quis hic intelligatur.
- 47 Primipilus quid sit.
- 48 Cur dos uxoris, in causa primipili, sit obligata fisco pro marito.
- 49 An non solum dos, sed & parapherna uxoris sint ob primipilum, aliudve munus mariti, fisco tacite obligata.
- 50 Numquid etiam in causis criminalibus tacita hypotheca sit locus.
- 51 Auctoris opinio singularis.
- 52 An & quatenus civitates jure tacita hypotheca obtineant.
- 53 Tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus, in bonis tutorum & curatorum.
- 54 Ratio hujus tacite hypothecæ.
- 55 Ecquid illa sententia etiam procedat in tutoribus sive curatoribus, ad litem tantum datis.
- 56 Ius singulare circa mulierem, qua suscepit tutelam suorum liberorum, iterum nuptiam observandum.
- 57 Nova nuptia plerumque solent non tantum bona, sed corpus etiam novis maritis addicere.
- 58 Quatenus bona paterna, pro administratione bonorum adventitiorum filii fam. tacite obligata intelligantur.
- 59 An eorum bonorum adventitiorum, in quibus pater non habet usufructum, nomine, bona patris filio tacite obligentur.
- 60 An Episcopi sive Abbatis monasterii bona sint Ecclesiis & monasteriis, administrationis nomine, obligata.
- 61 Bonorum Ecclesiasticorum administratio ad quem pertineat.
- 62 An eorum, qui præsumunt orphanis, bona tacite orphanotrophio obstricta putentur.
- 63 Quatenus orphanotrophii comparentur tutoribus & curatoribus.
- 64 Tacitum legitimum pignus tribuitur liberis prioris matrimonii in bonis patris vel matris, ad secunda vota transcurrentis.
- 65 An non modo patris, tutoris, &c. sed etiam heredum illorum bona, tacite obligentur liberis & pupillis.
- 66 Minor plerumque vis taciti, quam expressi.
- 67 Sensus l. properandum. 13. §. fin. C. de judic.
- 68 In causa dotis tacita hypotheca conceditur ex utroque latere.
- 69 Qua sunt consuetudinis, facile in bona fidei judiciis recipiuntur.
- 70 Æquitas naturalis spectatur in causa dotis.
- 71 Dotis causa ubique præcipua esse debet.
- 72 Ecquid privilegium tacite hypothecæ locum habeat in augmento dotis.
- 73 Augmentum dotis videtur esse pars dotis.
- 74 Num privilegium taciti pignoris uxori detur, etiam pro bonis paraphernalibus seu receptitiis, per maritum administratis.
- 75 Intellectus l. ult. C. de pact. convent.
- 76 Vtrum jus taciti pignoris locum teneat in donatione propter nuptias.
- 77 Cur jus tacite hypothecæ uxori in causa dotis sit indultum.
- 78 Iura singularia non debent porrigi ad consequentias.
- 79 Sententia l. ubi adhuc. 29. in princip. C. de jure dot.
- 80 Generalis oratio ita interpretanda est, ut visio careat.

- 81 Quatenus donatio propter nuptias doti comparetur.
- 82 Nunquid pro alimentis privilegium taciti pignoris, competat uxori in bonis mariti.
- 83 Anne maritus uxori debeat alimenta.
- 84 Reipubl. interest, dotes mulieribus salvas conservari.
- 85 Sententia l. Lucius, 18. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.
- 86 An pro precio rerum dotialium, uxori privilegium tacita hypotheca concedatur.
- 87 Precium succedit in locum rei.
- 88 Quatenus in omni re universali precium loco rei succedat.
- 89 An ius taciti pignoris habeat locum in dote cautâ, & non numeratâ.
- 90 In contractibus rei veritas potius, quam scriptura spectanda.
- 91 Privata scriptura facit probationem contra scribentem regulatiter.
- 92 Privilegia dotis quatenus locum habeant.
- 93 Privilegia quatenus sint amplianda.
- 94 Clementiores lege esse non debemus.
- 95 Num privilegium tacita hypotheca competat sponsa, in bonis sponsi.
- 96 Quae dos ante matrimonium esse non intelligatur.
- 97 Sponsalia de presenti non differunt à vero matrimonio.
- 98 Verum privilegium istud heredi uxoris concedi debeat.
- 99 Privilegia personalia ad heredes non transeunt.
- 100 Quicquid est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est.
- 101 Nunquid ius tacita hypotheca datur patri uxoris, vel alii, qui dotem dedit.
- 102 Actio ad repetendam dotem cui competat.
- 103 Actio ex stipulatu cuius ratione bona fidei censeatur.
- 104 Num patris bona, pro dote filio suo datâ, intelligentur tacite obligata.
- 105 Dos id esse debet, ubi sunt onera matrimonii.
- 106 Legatariis & fideicommissariis tacita hypotheca conceditur in bonis testatoris.
- 107 An donatio causa mortis, nomine legati contineatur.
- 108 Heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacite non censentur obligata.
- 109 Tacitum legatorum pignus in quibus rebus locum habeat.
- 110 Ecquid testator tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere queat.
- 111 Testator contra legem nihil quidquam ordinare potest.
- 112 Tacitum legatorum pignus inter heredes dividitur.
- 113 Pignus tacitum datur insula creditori, qui pecuniam ob restitutionem adfuit extruendi mutuam dedit.
- 114 Urbem ruinis non deformari, Reipubl. interest.
- 115 An ius istud taciti pignoris porrigatur ad eum, qui redemptori operum nummos subministravit.
- 116 An etiam ei, qui in navem, aliamve rem extruendam vel emendam nummos mutuò dedit, tacitum pignus concedatur.
- 117 Privilegium taciti pignoris non, nisi legibus nominatim constituitur.
- 118 Sententia l. interdum. 5. & l. seq. ff. qui potior in pign. vel hypoth. hab.
- 119 Pignus pratorium quid, & quotuplex.
- 120 Pratorium speciale pignus quomodo constituitur.
- 121 Iudiciale pignus quid.
- 122 Inter pratorium & iudiciale pignus differentia.
- 123 Qua persona rem aliquam pignori vel hypotheca obligare possint.
- 124 Quibus licet alienare: multò magis iis licebit obligare.
- 125 Sensus l. 1. §. 1. ff. qua res pignori vel hypotheca data, &c.
- 126 Donare est perdere.
- 127 Quatenus tutor sive curator rem pupilli vel adolescentis oppignorare valeat.
- 128 An & quatenus procurator res sui domini oppignorare possit.
- 129 Nunquid administrator Reipubl. rem civitatis pignori necesse queat.
- 130 Per quas personas nobis pignoris & hypotheca obligatio acquiritur.
- 131 Pignus non rectè datur extranea personâ, in quam solutio tantum in ipso contractu collata est.
- 132 Quae res oppignorari, vel non possint.
- 133 Pignoris utilitas in quo consistat.
- 134 Vno prohibito, omnia prohibita intelliguntur, per quae ad id, quod prohibitum est, pervenitur.
- 135 Sententia l. in quorum. 24. ff. de pign. & hypoth.
- 136 Debitor solvens debitum, pignus quovis tempore potest liberare.
- 137 Res sacra, sancta, religiosa, &c. pignorationem non recipiunt.
- 138 Liberatorum hominum oppignoratio iure prohibita.
- 139 Alter alterius odio non debet praeponderari.
- 140 Servitutes praediales utrum pignori dari possint.
- 141 Quaecunque in creditorem transferri nequeunt, frustra pignori dantur.

- 142 Intellectus & explicatio l. sed an via. 12. ff. de pignoris. & hypoth.
- 143 Nemo servientis fundi causam facere potest deteriore m.
- 144 Servitutes personales utrum oppignorari queant.
- 145 Res planè aliena pignori dari nequit.
- 146 Res aliena vendi potest.
- 147 Ratio differentia inter emptionem & pignus.
- 148 Plus cautionis in re est, quam in personâ.
- 149 Actio pignoratitia datur etiam ei debitori qui rem alienam pignori dedit.
- 150 Quatenus exemptione nullâ actio datur.
- 151 Quibus casibus pignus rei aliena valeat, aut convalescat.
- 152 Volenti non fit injuria.
- 153 Rati habitio mandato comparatur.
- 154 Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.
- 155 Calliditas, cum alterius damno conjuncta, impunita esse non debet.
- 156 An & quatenus rei propria pignus aut emptio valeat.
- 157 Nostrium esse videtur, cuius nomine actionem ad id petendum habemus.
- 158 An, si debitor, qui rem alienam obligavit, postea ejus dominus fiat, ex post facto pignus convalescat.
- 159 Contra factum proprium debitor venire non debet.
- 160 Iniquum est, aliquem ex suo mendacio lucrum consequi.
- 161 An, si dominus rei siat heres debitoris, pignus convalescat, ita ut creditori hypothecaria saltem utilis, adversus dominum rei pignora, concedatur.
- 162 Conciliatio antinomia inter l. si Titio. 22. ff. de pignoris & hypoth. & inter l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.
- 163 Communi opinioni contradicere, arrogantia signum putatur.
- 164 Veritas & communis opinio aequiparantur.
- 165 Duo diversi casus continentur in d. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.
- 166 Heres & defunctus pro una eademque personâ habentur.
- 167 Sententia l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumiss. liberi non sunt. l. filium. 31. ff. de liberali caus. & l. si ab eo. 7. C. eod.
- 168 Heredi non licet impugnare factum defuncti.
- 169 Si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit: et actio hypothecaria utilis datur, non quidem adversus dominum, sed quemvis alium possessorem.
- 170 Num, si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori, scienti, rem esse alienam, pignus convalescat.
- 171 Sententia & intellectus l. 1. ff. de pignoris & hypothec.
- 172 Creditori scienti nec contraria pignoratitia, nec hypothecaria datur.
- 173 Consideratio d. l. rem alienam 41 ff. de pignorat. act.
- 174 Ecquid res feudalis à vasallo pignori dari possit.
- 175 Omnis alienatio feudi prohibita.
- 176 Pignoris datio est alienatio.
- 177 Emphyteuta oppignorare licet rem emphyteuticam & usufructuarius suum fructuarium.
- 178 Ratio diversitatis inter emphyteutam sive usufructuarium, & inter vasallum.
- 179 Num vasallo sit prohibita datio hypotheca.
- 180 Proprie aliud pignus, al. ud hypotheca.
- 181 Poenalia & odiosa interpretatione magis restringi debent, quàm ampliari.
- 182 Quâ feudi alienatione sit vasallo interdictum.
- 183 Cessante dispositionis fine, cessat etiam ipsa dispositio.
- 184 Intellectus l. res hypotheca. 5. §. inter pignus. ff. de pignor. & hypothec.
- 185 Tam pignoris, quàm hypothecae datio censetur alienatio.
- 186 Alienatione prohibita, id etiam prohibitum videtur, ex quo sequi alienatio potest.
- 187 Nunquid, si feudi dominus in oppignorationem consensit, & postea, vasallo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum redierit, dominus satisfacere creditoribus teneatur.
- 188 Consentiens contractui, super re aliquâ inito, censetur renunciare iuri, quod in re ista habuit.
- 189 Semel consentiens, iure huic consensui contravenire nequit.
- 190 Dominus feudi rata habere tenetur ea, quae ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt.
- 191 Oppignoratione ius reale constituitur.
- 192 Pleraque secundum subjectam materiam accipiendâ.
- 193 An & quatenus omnis conventio intelligatur rebus sit stantibus.
- 194 Consideratio cap. 1. §. est clientulus. de alienat. feudi lib. 1. tit. 13. f.
- 195 Omnis definitio sive regula periculosa.

- 196 An & quatenus consensus iuri proprio ipsius consentientis pra-
judicare non soleat.
- 197 Natura contractus pignoris qua.
- 198 Confirmatio nihil novi iuris tribuit.
- 199 Qui vult unum, omne id velle existimatur, quod ex illo ne-
cessario sequitur.
- 200 Quando iuris renunciatio praesumatur.
- 201 In claris non est locus conjecturis.
- 202 Plurimum inter se differunt, consentire & obligari.
- 203 In generali locutione non comprehenditur persona loquentis.
- 204 Clausula, salvo iure meo, qua iura reservare intelligatur.
- 205 Consensus a domino feudi oppignorationi praestitus, etiam ad
usuras extenditur.
- 206 Sententia l. quaro. § 4. in princ. ff. locat.
- 207 Instantia confutatur.
- 208 Pignus, contractus bonae fidei.
- 209 Debitoris bona vel generaliter, vel specialiter pignori sup-
ponuntur.
- 210 Generaliter quando.
- 211 Specialiter quando.
- 212 Specialis conventio etiam accessiones complectitur.
- 213 Qua pacta in pignoris constitutione servanda.
- 214 Iustum arrixerit pactum.
- 215 Multa propter incertum fructuum precium & eventum permis-
suntur.
- 216 Lex siue pactio pignorum commissoria, iure prohibita.
- 217 Pactio ista quid habeat proprium.
- 218 Intellectus l. si fundus. 16. §. ult. ff. de pignor. & hypoth. & l. 1.
C. de pactis pignorum, &c.
- 219 Sententia l. fin. in princ. ff. de contrah. empt.
- 220 Sententia l. ult. C. de distract. pignor.
- 221 An pactum commissorium valeat, si ex intervallo, post pignus
datum, adiciatur.
- 222 Vbi lex non distinguit, ibi nec nos distinguere debemus.
- 223 Sensus l. Titius. 34. ff. de pignoratis, act.
- 224 Pactio commissoria iuramento confirmari nequit.
- 225 Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis.
- 226 Num creditor, secundum conventionis legem, propria aucto-
ritate ingredi possessionem valeat.
- 227 Mens & sententia l. creditores. 3. Cod. de pignoribus & hypoth.
- 228 Quod semel placuit, amplius displicere non potest: item, volen-
ti non fit injuria: & quomodo hoc intelligendum.
- 229 Vim omnes leges avertantur.
- 230 Intellectus l. cum creditor. § 5. ff. de furs. item l. qui vas. 48. in
pr. ff. cod.
- 331 Intellectus l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.
- 332 Intellectus l. 1. §. 2. ff. quod legator.
- 233 Pignoris & hypotheca effectus in quo consistat.
- 234 Actio Serviana unde sic dicta, & quid sit.
- 235 Quasi Serviana, qualis actio, & quibus nominibus appelletur.
- 236 Creditor Serviana, vel quasi Serviana, adversus extraneum
possessionem, principali debitore nondum actione personali
conveniente, experiri nequit.
- 237 An & quatenus creditor, debitore in solutione cessante, di-
strahere pignus possit.
- 238 Explicatio & intellectus l. ult. C. de iure domin. impetrand.
- 239 Correctio iuris veteris non praesumitur.
- 240 De iure prelationis.
- 241 Qui prior tempore, potior iure.
- 242 Ius pignoris semel creditori acquisitum, facto debitoris deterius
fieri nequit.
- 243 Generalis hypotheca anterior, speciali posteriori praefertur.
- 244 Sensus omnes sub se complectitur species.
- 245 Prior creditor habens specialem hypothecam, & ei annexam
generalem, debet prius excutere specialem.
- 246 Creditor hypothecarius, tempore prior, praefertur & Reipubl.
& fisco.
- 247 Impensa funerum atque exequiarum omne creditum prae-
dant.
- 248 Cadavera non debent jacere insepulta.
- 249 An funeris impensa creditori, non solum tacitam hypothecam,
sed etiam expressam anteriorem habenti, anteponatur.
- 250 Verbum (omne) nihil excludit.
- 251 Funeris impensa vincit datam. hac vero vincit hypothecam
expressam anteriorem.
- 252 Summa l. & si quis. 14. §. 1. ff. de religiof. & sumpt. funer.
- 353 Impensa & sumptus funeris qui intelligantur.
- 254 Virum vestes lugubres, fascia serica, &c. impensarum fune-
brium nomine contineantur.
- 255 Impensis funebribus annumerantur sumptus medicis, & simi-
libus praestandi.
- 256 Vt & mercedes servorum, ancillarum & mercenariorum.
- 257 Posterior potior est prior qui pecuniam nominatim credidit
ad conservandam rem pignori obligatam.
- 258 Huius decisionis ratio.
- 259 Pupillus in re, ex sua pecunia comparata prior habetur.
- 260 An mulier ratione dotis indistincte omnibus creditoribus, non
modo tacitam, sed & expressam anteriorem hypothecam
habentibus, anteponatur.
- 261 Referuntur Auctores, negativam amplectentes.
- 262 Verior sententia contraria: eiusque Auctores.
- 263 Mens & expositio l. assiduis. 12. Cod. qui potior in pign. ha-
beant.
- 264 Vbi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio.
- 265 Mulier anteponitur creditori, cuius pecunia res empti est.
- 266 Consideratio l. satis notum. 4. C. in quib. caus. pign. vel hy-
poth. tac. contrah.
- 267 Summa l. ubi adhuc. 29. C. de iure dot.
- 268 Summa l. in rebus. 30. d. tit.
- 269 Dispositio universalis maxime geminata, nihil omnino ex-
cludit.
- 270 Favore dotium multa contra iuris rationem recepta.
- 271 Refutatio contrariorum argumentorum.
- 272 Declaratur d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod. qui potior in pign.
hab.
- 273 Quatenus creditoribus ius hypotheca semel acquisitum, non sit
auferendum.
- 274 In causa pignoris an eadem fisci & mulieris ratio.
- 275 Privilegium tacita hypotheca, mulieri competens, a quo
tempore incipiat.
- 276 An mulier privilegio prelationis renunciare possit.
- 277 Publice interest, mulieribus suas dotes esse salvas.
- 278 Iuramentum legibus contrarium, non valet: secus tamen
est de iure canonico.
- 279 Creditor habens instrumentum publicum, praefertur habenti
instrumentum privatum, & in eo hypothecam priorem.
- 280 Privata scriptura contra tertium nihil probat.
- 281 Scriptura privata, subscriptione trium testium munita, habet
vim instrumenti publici.
- 282 Non minorem fidem faciunt testes, quam publicum instrumen-
tum.
- 283 De dissolutione pignoris.
- 284 Unusquisque pro ignorante, & etiam invito debitore solvere
potest.
- 285 Oblata & consignata pecunia depositio vim solutionis ha-
bet.
- 286 Remissione expressa vel tacita pignus solvitur.
- 287 An is, qui reddit debitori pignus ius pignoris remisisse pra-
sumatur.
- 288 Reddere quid sit.
- 289 Chirographi redditio remissionem sortis inducit.
- 290 Obligatione principali sublata, tollitur accessoria.
- 291 Cessante causa, cessat effectus.
- 292 Pignus liberatur satisfactione.
- 293 De serie quemadmodum satisfactum intelligatur.
- 294 De pignore quando satisfiat creditori.
- 295 Si pignus debitor a quo idoneum creditori invito offerat, an
prius pignus liberetur.
- 296 Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.
- 297 Quod nostrum est, sine facto nostro ad alium non trans-
fertur.
- 298 Sensus l. si rem alienam. 9. §. 3. ff. pignorat. act.
- 299 Intellectus l. si mandatu. 45. §. 2. ff. mandat.
- 300 Explicatur glossa in l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypoth.
- 301 Sententia l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus.
- 302 Aliquis facere tenetur, quod sibi non nocet, & alteri praed-
est.
- 303 Rei interitus pignus finitur.
- 304 Qualis interitus hic intelligendus.
- 305 Cum mutatur tantum rei qualitas, hypotheca durat.
- 306 Actio pignoratitia duplex: directa, & contraria.
- 307 Directa cui, adversus quem, & ad quid competat.
- 308 Distinctio pignoris conventionalis & pratorii.
- 309 Cur in pignore conventionali & dolus & culpa praestatur.
- 310 Culpa levissima non praestatur in pignore.
- 311 Ratio differentia inter commodatum & pignus.
- 312 Quo casu creditor levissimam culpam praestare teneatur.
- 313 Contraria pignoratitia actio cui, contra quem, & ad quid
detur.
- 314 Creditor debet esse benignus, non acerbus vel contumeliosus.
- 315 Malitiis hominum non indulgendum.
- 316 Creditori ratione impensarum competit quoque ius retentionis.
- 317 Ex hypotheca qua nascatur actio, & quomodo nuncupatur.
- 318 Plures inter pignoratitiam & hypothecariam actionem dis-
trentia.
- 319 Repressalia num & quatenus iure defendi possint.
- 320 Repressalia quid, & a quo concedantur.
- 321 Bellum iustum a summo Principe indicendum: verum non
absque consilio Septem virorum, & ordinum Imperii.
- 322 Nomina sunt rerum pictura tantum, & tessera.
- 323 Rerum potior, verborum vero prior cura esse debet.
- 324 Repressaliarum varia derivatio.
- 325 Causam repressalis dans, pignoro omne damnum refarcire
cogitur.
- 326 Cur repressalis vulgo homines utantur.
- 327 Derivatum & derivativum, siue simplex & compositum ejus-
dem debent esse originis.
- 328 Usus repressaliarum unde descendit.
- 329 Fecialium Romanorum officium.

- 330 Iustitia & aequitas naturalis postulat, ut singulis sua tribuantur.
 331 Quatenus inter sit subditorum, repressalias exerceri adversus magistratum, iustitiam denegantem. & num. 359.
 332 Negligentia procuratoris domino nocet.
 333 Regnum ab iniustis auferendum.
 334 Qua ad concessionem repressaliarum requirantur.
 335 Pro re modica non decernenda sunt remedia extraordinaria.
 336 Nemo sibi ipse jus dicere potest.
 337 Boni Principis est, amborum causas cognoscere.
 338 Nemo alterius odio debet praevariari.
 339 Filius propter as alienum patris conveniri nequit, & contra.
 340 Consideratio tit. C. ne filius pro patre, &c.
 341 Respublica ob utilitatem privatam non turbanda.
 342 Iustitia suadet; neminem ledendum, nostrumque sine facto nostro ad alium non transferendum esse.
 343 Ad instantiam respondetur.
 344 Quatenus propter utilitatem publicam ius suum alicui adimatur.
 345 Non facienda mala, ut inde eveniant bona.
 346 Factum cuique suum, non alteri, nocere debet.
 347 Poena suos tenere debent auctores.
 348 Nemo cum alterius iactura locupletandus.
 349 Consideratio l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alienis, &c.
 350 Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.
 351 Consideratio Novell. 52. cap. 1. iuncta prefatione.
 352 Consideratio Novell. 134. cap. 7.
 353 Instantia dissentientium diluitur.
 354 Quatenus ius unicuique suum tribuendum, ablatumque restituendum.
 355 Proximus non ledendus.
 356 Quatenus bonus esse possit finis, ubi media sunt mala.
 357 Quibus mediis Christiana religio promovenda.
 358 Ex delicto magistratus an & quatenus subditus obligetur.
 359 Interest subditorum, iustitiam omnibus administrare.
 360 Privata injuria alicui illata, non est justa belli causa.
 361 Diversissima belli & repressaliarum ratio.
 362 Intellectus can. dominus. 2. caus. 23. quest. 2.
 363 Ex parva scintilla magnum oriri potest incendium.
 364 Magistratus variis constituitur modis.
 365 Procurator quomodo constituatur.
 366 Quis princeps a solio deiciendus.
 367 Repressalia officio boni magistratus omnino adversantur.
 368 Multitudo errantium non parit errori patrocinium.
 369 Unius interdum sententia multos superare potest.
 370 Opinio communis, rationibus firmis non suffulta, repudianda.

Subjicitur hic quintus contractus, qui re contrahitur, Pignus scilicet. Hujus verbi Pignoris tres praecipue in jure reperiuntur notiones. I. rem ipsam, quae alicui datur pignori, significat, hoc §. nostro. ibi, qui pignus accepit. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris infr. de actionibus. l. si quasi. 3. l. si convenit. 4. l. quamvis. 6. §. fin. ibi, qui dederit pignus. l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. §. penult. & ultim. l. si cum venderet. 13. ff. de pignorat. act. & tot. tit. ff. & C. de distract. pignor. II. Jus in re, quod ex obligatione habet creditor, designat. l. 1. in princ. ibi pignus contrahitur. & §. 1. ibi, contractum sit pignus. & §. 2. ibi, pignori obligaverit. & c. l. si convenerit. 18. in princ. ibi, nomen pignori tibi sit. & §. 1. ibi, proprietatem pignori data sit. & passim. ff. de pignorat. act. l. in noxalibus. 30. ibi, aliquid in ea re jus habeant, & c. ff. de noxalibus. actionib. tot. tit. ff. quare pignori vel hypotheca data obligari non poss. tot. tit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. III. ipsum contractum seu conventionem, ex qua isthaec pignoris obligatio descendit, denotat. l. 1. §. ultim. ff. de pact. l. solut. 11. §. 2. ibi, pign. contract. est. ff. de pignorat. act. l. contract. 23. ff. de reg. jur. Fr. Balduin. in Comment. de pignor. & hypoth. c. 1. Pacius in epitom. jur. Disp. 12. th. 22. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 2. Scheck. in delib. jur. Disput. 15. thes. 88. Iustus Schütz exercitation. jur. disput. 13. th. 16. pag. 207. Et in hoc significato non malè, meo judicio, pignus definitur contractus, re initus, nominatus: quo creditori res alterius traditur, ob crediti restituendi fidem seu securitatem, argumento hujus §. nostri, & l. legata. 9. §. ultim. ff. de supellect. legat. Eodem ferè modo pignus definiunt Jacobus Cujacius in Paratitl. ff. de pignorib. & hypoth. Vultejus hic n. 1. Treutler. Disput. 1. thes. 1. volum. 2. D. Collega Bocer. in Commentar. ad d. l. contractus. 23. c. 4. num. 69. ff. de reg. jur. Giphanius Disp. 25. ad Institut. thes. 18. & Stuckius part. 1. exercit. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. d. Dicitur, contractus re initus, Quia pignus neque nudo consensu, neque verbis, neque literis, sed rei traditione constituitur, hoc §. nostro, &

l. 1. §. creditor quoq. 6. ff. de obligat. & actionib. Nec ad-
 versatur d. l. 1. in princ. & d. l. si convenerit. 18. in princ.
 ff. de pignorat. act. ubi pignus dicitur etiam nudà conventionem, sine traditione, contrahi. Nam id non de pignore, propriè sic appellato, sed de hypothecà, intelligendum est, ut arguit satis perspicue §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris appellatione. infr. de actionib. Pignus, à pugno deductum, propriè & in specie dicitur res mobilis, quae de manu in manum creditori traditur, sicque ad eum transit. l. plebs est. 238. §. pignus. 2. ff. de verb. signif. at hypotheca propriè ejus rei est, quae nudà conventionem obligatur, & cujus possessio ad creditorem non transit. l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. ff. de pignorat. act. Althus. lib. 1. Dicaelog. cap. 71. num. 3. pag. 243. Timaus Faber disput. 22. ad Institut. Imperial. th. 14. sub lit. a. Ad hanc differentiam respiciens D. Chrysostomus, Commentar. Psalm. 38. Pauper, inquit, non habet hypothecam, quia nihil possidet: non habet pignora, quae tradat, quia nudus est: prout eum laudat Ioannes Mercerus in Prolegomen. titul. ff. de pignorib. & hypothec. num. 13. Pignus item contractus est, d. l. 1. §. fin. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. hypotheca autem contractus non est, sed pactum legitimum. Borcholt. hic numero. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. pag. 956. D. Bocer. ad d. l. contractus. cap. 4. num. 70. ff. d. tit. edit. 2. & in hoc §. num. 6. pag. 204. Enimverò ad actionem hypothecariam quod attinet: inter pignus & hypothecam nihil interest: quoniam de utroque datur hypothecaria actio, d. §. item Serviana. infr. de actionib. Et de hac actione Martianus agens, scribit: inter pignus & hypothecam tantum nominis sonum differre. l. res hypotheca. 5. §. inter pignus. ff. de pignorib. & hypoth. ut legis istius inscriptio ostendit. Hinc statutum, disponens de pignore, locum etiam habere in hypothecà, non sine ratione concluditur. Siquidem obligationis intuitu, hypotheca cum pignore eadem est: quia haud minus juris habet is, cui non est tradita possessio, quam cui tradita est, sed tantumdem uterque ex aequo: proindeque toties ab ipsis juris auctoribus ista duo confundi; & pignus de re etiam immobili, ut & hypothecam de re mobili dici, cernimus. l. 1. in princ. l. si necessarias. 8. in princip. & l. domo. 21. ff. de pignorat. act. l. 1. §. 2. & §. ultim. l. lex vectigali. 11. ibi, fundus pignori datus. l. debitor. 32. l. cum tabernam. 34. in princip. ff. de pignorib. & hypothec. l. 2. §. fin. ff. de religio. & sumpt. fun. l. pactum. 4. l. creditor. 7. C. de pignorat. act. l. 2. C. de prator. pign. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 1. & 2. Donell. in Comment. de pignorib. cap. 2. & ad rubr. C. eod. num. 2. Duaren. ad tit. ff. de pign. action. cap. 1. Balduin. in tract. de pignorib. & hypoth. cap. 1. Vultejus ad d. §. item Serviana. 7. num. 15. infr. de actionib. Bachovius in tractat. de actionibus. disputat. 3. ad thes. 31. pag. 97. itemque in tractat. de pignoribus. & hypothec. lib. 1. cap. 1. circa finem. Atque illà ratione moti, hanc sententiam defendunt Anton. Negusantius in tractat. de pignoribus. & hypoth. part. 1. princip. num. 9. Felinus in cap. cum aliquibus. 6. ext. de sent. & re jud. Wesenbec. in Paratitl. ff. de pignoribus. & hypoth. num. 3. Hackelman. illustrum quest. Disputat. 12. thes. 1. lit. K. & Haenon. Disputat. 13. controvers. 14. ubi dissentientes allegat Salicetum & Bartol. in d. l. si rem alienam. 9. §. propriè. ff. de pignorat. act. Ripam. in rubr. num. 6. ff. de pignorib. & Mozzum in tractat. de pignoribus. & hypoth. cap. 1. num. 18. Quibus novissimè suffragantur etiam Martinus Schickardus Disputat. 12. ad Institut. thes. 7. sub lit. a. & resolut. quest. prima. Anton. Asselman. de contractibus. disputat. 6. thes. 2. pag. 142. & Philippus Knipschildt exercit. Justin. 5. question. 1. pag. 169. & seq. Itaque pignus, quatenus nomen generale est, sub se pignus in specie, & hypothecam complectens, appellari potest res omnis, quae pro debito in crediti securitatem obligatur, donec, quod debetur, sit exolutum, argument. hujus §. nostri. ibique Vultejus num. 10. & l. contrahitur. 4. D. Obrecht. praedicta Disputat. 15. thes. 11. Petr. Gregor. Thotof. lib. 23. syntagmat. jur. univers. cap. 5. numero. 4. & 5. Præterea in definitione dixi, res alterius. Quia nemini res sua oppignorari potest

9 potest. *l. neque pignus. 45. ff. de regul. jur.* Addidi item, ob crediti restituendi fidem seu securitatem. Quibus verbis ceu differentiâ specificâ, hic contractus distinguitur à reliquis contractibus re initis. Mutuum etenim & commodatum, rei usum; depositum custodiam rei depositæ; solum verò pignus securitatem debiti concernit. *Vide Andream Burckhardum in Dissertat. de pignorib. & hypothec. sect. 1. conclus. 7. & Richter. in tract. de contract. disput. 6. th. 2. sub lit. b. pag. 146.* Quin, ut clarius res explicetur, mutuum & commodatum spectant utilitatem debitoris tantum; depositum spectat utilitatem duntaxat creditoris: pignus utilitatem utriusque, & creditoris & debitoris: illius quidem, ut creditum ipsi sit eò securius; hujus autem, ut nimirum ipsi magis pecunia credatur, auctore Justiniano in hoc §. Neque enim solent homines bene cauti cuiquam temerè credere sine pignore. Nam quod Martialis, Poëta perquam lepidus ac facetus, scitè olim de quodam Thelesino cecinit, *Epigrammat. lib. 12. idem de plerisque scribi dicique hoc exulcerato tempore poterit.*

Cum rogo te nummos sine pignore: non habeo, inquis.

Idem, si pro me spondet agellus, habet.

Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali:

Credis colliculis, arboribusq; meis.

10 Pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhibetur, aut necessarium, *Baldwin. in tractat. de pignorib. & hypothec. cap. 5. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 21. Giphani. in Comment. de divisionib. jur. thes. 98. Heig. in presenti §. num. 9.* Verum hanc divisionem improbat Dn. Collega Bocerius hic num. 17. & seq. pag. 106. Nam necessarium pignus (inquit) non est contractus: neque contractus est pignus illud, quod testamento, vel legis auctoritate constituitur, &c. Rectè, mi Bocere. At præ nimio carpendi studio non animadvertis, quod expressè dicam: pignus generaliter acceptum, aut voluntarium perhiberi, aut necessarium. Non igitur pignus ita divido, quatenus pro contractu accipitur: sed quatenus nomen generale est. Sed præmittere debuissim (inquis) generalem pignoris definitionem. Fuit sanè & hæc præmissa sub num. 7. ubi dixi: pignus, quatenus nomen generale est, appellari posse rem omnem, quæ pro debito in crediti securitatem obligatur: donec, quod debetur, sit exolutum. Sub n. 2. autem non debui non specialem pignoris definitionem proponere: cum in verbis immediate præcedentibus egerim de eâ pignoris notione, quâ ipsum contractum denotat. Sed nihil tam consideratè dici potest, quod tutum sit à morsibus eorum, qui id unicè agunt, & in hoc solum intenti sunt, ob idque tantum aliorum Scripta legunt, quò ea cavillari queant. Voluntarium pignus est: quod vel unius voluntate (ut testamento, quando videlicet testator alicui prædia sua obligat. *l. non est mirum. 26. ibi, cum testamento. ff. de pignorat. act. l. 1. C. communia de legat.*) vel duorum mutuâ conventionem constituitur. *l. 1. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. 1. §. ult. ff. de pact. l. justo. 44. §. non mutat. 5. ff. de usurpat. & usucap. idque expressè, non solum verbis inter præsentis, sed etiam literis inter absentes. l. creditor. 23. in fin. & l. penult. §. 1. ff. de pignorib. & hypoth. Donell. in tract. de pignorib. cap. 7. aut tacitè, præsumptâ nimirum voluntate contrahentium. l. 1. & tot. tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacitè contrahit. l. un. §. 1. ibi, in aliis multis juris artic. tacitas hypothec. in esse accepimus. C. de rei uxor. act. d. l. 1. C. commun. de leg. Stuck. part. 1. Exercit. Iust. in. decad. 10. assert. 8. lit. e. Petr. Greg. d. lib. 23. syntagm. juris univers. cap. 8. & 9.*

12 Tacitâ conventionem pignus constituitur in rebus in vectis & illatis in conductum prædium urbanum. Siquidem jus præsumit, tempore locationis ita inter dominum sive locatorem & conductorem actum esse, ut inducta, tam pro pensione, quàm deterioratione, sint obligata. *l. item quia. 4. in princ. ff. de pact. l. 2. ibiq; Mercerius n. 2. & l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.*

13 *l. fin. C. eod. Althus. lib. 1. Dicaeolog. c. 72. n. 4. p. 247.* Quod si tamen gratis alicui habitatio concessa sit; ejus res inducta & illata nec pro pensione, nec pro deterioratione, domino obligantur. *l. Pomponius. §. in princ. ff. in quib. caus.*

pign. vel hypothec. tacit. contrahit. Ratio manifesta est: quia jus hoc taciti pignoris seu hypothecæ, tantum causâ mercedis in actione locati est receptum, ut de illâ domino magis sit cautum. *d. l. 2. ff. eod.* At qui gratis domum inhabitat, actione locati non tenetur: quia nullam debet mercedem, sine quâ locatio non consistit. *l. 2. in princ. ff. locati.* Ergo etiam illius res in vectæ & importatæ nullo modo obligari possunt: non quidem pro pensione, quoniam nullam debet: non etiam pro deterioratione, quia ædes non conduxit, ut rectè docuit D. Obrechtus *d. Disput. 15. thes. 64. & seqq. contra Accursium in d. l. Pomponius. §. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.* Planè non modò primi, sed & secundi inquilini bona inducta & illata (ut ut ogganniat Ludovic. Roman. in singulari 85.) primo locatori seu domino ædium tacitè obstricta censentur. Verbi gratiâ: conduxì à te domum, & ego postea in hac domo cœnaculum alteri locavi, putà Titio, qui & ipse res suas in cœnaculum intulit. Hoc casu & res meæ, & res Titii, qui cœnaculum à me conduxit, tibi locatori primo & ædium domino erunt obligatæ, per textum expressum in *l. solutum. 11. §. solutam. §. ff. de pignorat. actionib.* Ratio, cur & secundi conductoris sive inquilini res domino intelligantur tacitè obligatæ, dubitandi quidem hæc est: quia secundus inquilinus cum domino non contraxit. Ratio autem decidendi est illa: quia videtur inter primum conductorem & dominum id esse actum, ut quidquid vel ab ipso, vel ipsius voluntate ab alio illatum inductumvè fuerit, tacitè obligatum reputetur: atque ita ipse Juriscons. Ulpianus in *d. l. solut. 11. §. 5. in fin.* & objicit sibi, & respondet his verbis: *ut non pæctio cœnacularii proficiat domino, sed sua propria.* Quasi diceret: si quis objiciat, conventionem secundi conductoris cum primo factam non debere proficere domino: cum per liberam personam obligatio alteri non acquiratur. *dict. leg. solutum. 11. §. per liberam. 6. ff. dict. tit. l. 1. Cod. per quas person. nobis acquirit.* & proinde res secundi conductoris domino obligata non videatur: responderi poterit, domino non proficere conventionem secundi inquilini, sed suam propriam, hoc est, eam quam habuit cum primo: ex ea, inquam, tacitè ipsi domino res obligata est, non tantum primi, sed etiam secundi conductoris.

Nec cum his pugnat *l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.* ubi Paulus disertè respondet, res posterioris conductoris domino non obligari, sed fructus duntaxat. Nam Jurisconsultus ibi de fundo, id est, prædio rustico; Ulpianus verò in *d. §. solutam.* de domo & ædibus, adeoque prædio urbano, apertè agit. Certo autem certius est, prædium urbanum differre à rustico: quod in illo tacitè, in hoc non, nisi expressè ac specialiter, res inductæ obligentur; ideoque etiam in illo secundi conductoris res videantur tacitè domino obligatæ, in hoc non item: quia in hoc, inquam, necessaria sit expressa conventio cum primo conductore, id est, colono: ergo & cum secundo. Fructus tamen fundi locati, non modò percepti à primo colono, cui dominus locavit, sed etiam à secundo, qui à primo colono conduxit, tacitè domino obligati censentur. Et hoc est, quod ait Paulus in *d. l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati.* Idque copiosius exposuimus in §. item Serviana. 7. n. 13. & seqq. *infr. de actionibus.*

Quod porrò dictum est, in prædium rusticum à colono inducta & illata, domino sive locatori non esse, tacito pacto obligata; sed, ut illa sint pignori, expressam conventionem necessariam esse: id confirmatur primò per dict. *l. eo jure. 4. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* Eo, inquit ibi Neratius, jure utimur, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacitè convenerit. In rusticis prædiis contra observ. Deinde idem evincitur ex §. ad. ipsc. 3. versic. interd. quòq; *infr. de interd. ubi Justinianus Imp. tradit, res coloni obligari domino, quas ipse colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigerit, id est, pignori esse, expressè convenerit.* Tertiò eadem sententia robor suum accipit ex *l. si non inducta. §. C. in quibus caus. pign. vel hypothec. tac. contrahit.* ubi de inductis & illatis in fundum specialis & expressa conventio intercedit. Quarto accedit hæc ratio: quod cum de tacito pignore inductorum aut invectorum agunt Juris-

consulti,

confulti, semper meminerint prædii urbani, nunquam rustici. *l. item quia. 4. ff. de pact. & toto ferè tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrahit.* At vulgare est, inclusionem unius esse exclusionem alterius, *l. cum prator. 12. in princ. ff. de judic. l. maritus. 21. Cod. de procuratoribus.* Quinto non parum eò confert, quòd ratio hujus taciti pignoris non habeat locum in prædiis rusticis, ut paulò post ostendetur. num. 22. Denique hanc decisionem Interpretes recentiores plerique omnes suis calculis corroborant: Theophilus, Eguinarus Baro, Corasius, Heigius, Borcholt. Anton. Matthæus, & alii in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Cujac. & Duar. in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Connan. liber. 4. Commentar. jur. civil. c. 16. Donell. in tract. de pignorib. cap. 2. Balduin. in Commentar. de pignoribus & hypoth. c. 6. Forcatul. Necyomant. dialog. 17. Andr. Gerhard. decad. 14. q. 3. Bachovius in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. c. 11. n. 4. Menoch. de adipisc. possess. remed. 3. q. 4. n. 33. & seqq. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 20. ff. quest. 4. p. 43. aliique quos laudavimus in d. §. item Serviana. 7. n. 12. infr. de actionib. ubi etiam Doctores dissentientes adduximus.

21 Non obstat *l. certi juris. 5. Cod. de locato & conducto.* ubi Glossa, ejusque Sectatores existimant: pignus tacitum esse tam in rusticis, quam urbanis prædiis: sed in eo tantum esse differentiam, quòd in rusticis sit necessaria domini sive locatoris scientia, in urbanis necessaria ea non sit, *argum. dicta l. 5. ubi Imp. Alexander rescripsit, inducta in prædium urbanum etiam sine scientia & voluntate domini pignoris jure teneri; at in prædium rusticum inducta, teneri jure pignoris illa, quæ voluntate domini à colono sint inducta.* Non obstat, *inquam:* quoniam hujus distinctionis nulla est idonea ratio: sciente, an ignorante domino sint inducta, ut & ipse Iason fatetur *ad d. l. item quia. 4. num. 14. ff. de pact.* Quare dicta *l. certi. 5. Cod. de locato.* potius, ita accipienda est, ut verbo voluntatis aut scientie intelligatur expressa conventio, quemadmodum sumitur in *l. Pomponius. 5. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit.* Sicque sententia dictæ *l. certi. 5. C. de locat.* planè erit eadem, quæ præallegata *l. eo jure. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. & similitum:* nimirum inducta & illata in prædium rusticum non obligari, nisi voluntate, id est, expressa conventionem; sed inducta & illata in prædium urbanum, obligari tacite, hoc est, sine voluntate & scientia domini, sive expressa conventionem. Reliqua, quæ huic verissimæ sententiæ opponuntur, refutavit nervosè Bachovius loco supra notato, & nos diluimus in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib.

22 num. 4. & seqq. Ratio porrò taciti pignoris, sive diversitatis inter prædia urbana & rustica, hæc est: quia olim Romæ locationibus prædiorum urbanorum solebat plerumque nominatim & expressè adjici hæc conventio de inductis & illatis, ut essent pignori, quemadmodum & de fructibus in prædiis rusticis: uti arguit *l. si servus. 61. §. locavi. 8. ff. de furt.* Ea autem quæ expressè solita sunt fieri, & adhiberi plerumque, ex fide bona pro adjectis & expressis habentur, licet de iis nihil nominatim cautum sit. *l. quòd si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de adilit. edict. l. jam hoc jure. 4. in princ. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Cur verò Romæ olim moris fuerit in locationibus prædiorum urbanorum, pactum expressum adjicere de rebus illatis, ut essent pignori, hæc videtur fuisse causa: tum quòd eam in Urbem multi peregrini & ignoti homines confluerent: tum quòd propter caritatem ædificiorum, ut in magna Urbe, multi tenuioris fortunæ & pauperes non haberent proprias domos vel insulas, sed cœnacula passim conducerent: ideoque domini & locatores adversus ignotos & pauperes de mercede habitationis seu pensionem sibi prospiciebant, obligatione rerum illatarum & inductarum. Francisc. Balduin. d. Comment. de pignorib. & hypothec. cap. 6. Cæterum cur aliud jus fuerit in prædiis rusticis, id causæ fuit: quòd pro illorum pensione & mercede non tantum propositum esset dominis periculum: partim quia non ita ignotis locentur fundi: partim quia per fructus fundi, quos pignori esse constat, domino sive locatori satis sit consultum. *l. in prædiis. 7. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit.* Donell. d. tract. de pigno-

ribus cap. 4. in fin. Bronchorst. cent. 2. ἐναρμόδιον. assert. 72. edit. 2.

Illud hîc diligenter notandum: inducta (puta mancipia) 25 & illata (nempe reliquam supellectilem) esse pignori, non verò inducenda aut inferenda; adeò, ut etiam si expressè convenerit, ut inducta sive illata sint pignori, antequam inducantur, si eadem alii dentur pignori, is potior sit in pignore: cum non ex conventionem, sed ex inductione pignus contrahatur. *l. potior est. 11. §. si colonus. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant.* Eodem confert textus in *l. si non inducta 5. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi de fundo, & mancipiis in eum non inductis, neque specialiter (in fundo enim expressa & specialis requiritur conventio, ut supra demonstratum) obligatis rescribitur, ea non posse retineri pro pensione fundi. Ratio est: quia non erant specialiter obligata, neque etiam inducta: ac proinde pignoris nexu non tenebantur. Sed & illud observatu per dignum est: ea 26 tantum inducta vel illata pignori esse, quæ eo animo inducta sunt, ut perpetuò (quamdiu scilicet durat locatio) sint in domo *l. in prædiis. 7. §. 1. ff. in quib. caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. l. debitor. 32. in fin. ff. de pignorib. & hypothec.* Nam si res in domum sint illata, non ut ibi sint, sed ut mox, aut paulò post aliò transferantur; hæc tacito pignore non obstringentur. Verbi gratiâ: Mercator aliquot cados vini, cum non posset statim in foro vendere, deposuit in ædibus conductis eâ mente, ut intra octo dies ad alium mercatum mitterentur. Hi cadi tacito pignori non erunt subjecti: quia in ædes conductas, ut ibi manerent, non fuerunt illati. Sic si belli causa, aut propter latrones, quis ex villa frumentum deportet in urbem, eo animo, ut cessante periculo eodem reportetur: hoc certè frumentum non erit pignori: quoniam non eo animo illatum est in urbem, ut ibi esset, sed ut inde in villam reportaretur. Hæcque distinctio inter res in prædium urbanum illatas, ut sint ibi perpetuò, & inter illatas; ut tantum ad tempus exiguum ibi sint, confirmatur etiam argumento *l. ex facto. 35. §. rerum autem. 3. ff. de hered. instituend.* Et ratio ejus non obscura est: quia cum res in domum inferuntur, ut aliò transferantur non hoc agi videtur, ut illæ sint pignori: cum hoc pignus sit loco pensionis, quæ plerumque tempore locationis elapso solvitur.

Quæritur autem de Mercatore, qui plerumque merces 27 importat in domum conductam, ut eas postea distrahat, & non, ut semper ibi remaneant; an illæ pro pensione intelligantur tacite obligatæ? Et illas tacite obligatas non esse, opinantur Angelus & Iason in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. prout eos refert Hermannus Meyrer. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. 18. n. 26. Alexand. in l. si, constante. 24. in princ. in 3. q. tertia partis princ. in vers. item in quantum, &c. ff. solut. matrim. Baldus in l. certi juris. 5. C. de locato. & Negusantius in tract. de pignoribus & hypoth. 4. memb. secunda part. p. num. 153. Sed verisimilius est, illas tacite pro pensione obstrictas censeri, per textum evidentem in *l. cum tabernam 34. in princ. ff. de pignor. & hypoth.* Et quia non importat omnes merces mercator, ut aliò mittat vel transportet: sed, ut ibi maneat donec vendat: quod satis est ad hoc, ut locatori sint pignori obligatæ. At quid, si mercator has merces, ita tacite pignoras, vendiderit: num pignus durabit? Et ait Scævola in d. l. 34. non durare, hæc ratione: quia 28 hæc est natura ac conditio mercium, ut distrahantur: sed tamen ut domino sit cautum, si mercator alias merces importet, hæc denuò illi obligatæ erunt. Quò facit textus in *l. grege. 13. in princ. ff. de pignorib. & hypoth.* ubi grege pignori obligato, decedentibus capitibus quibusdam, si qua postea comparentur, vel adnascantur, nihilominus pignori tenebuntur. Atque ita sentiunt Mynsinger. n. 16. Zasius n. 20. cum seq. Schneidervin. n. 38. & 39. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. Balduin. in Commentar. de pignoribus & hypothec. cap. 6. Hackelman. Disputat. quest. 12. thes. 5. lit. a. & Stuckius part. 1. Exerc. Justin. decad. 10. assert. 8. lit. e. p. 295. ad fin. Eadem de re vide varios casus distinguentem & constituentem Jacobum Menoch. remed. 3. de adipisc. poss. q. 17. n. 125. & aliq. seqq.

Quæritur item de eo: nunquid res in prædium urbanum 29 illatæ,

- illata, antequam præcludantur sive in inventarium redigantur, aut arrestentur per locatorem, alienari liberè, hoc est, sine pignoris nexu, possint Et res istas à pignoris obligatione minimè eximi, veriùs videtur, *argum. l. debitorum. 15. Cod. de pignorib. & hypoth. & l. si debitor. 12. C. de distract. pignorum.* ex quibus patet, quod res semper cum sua causa & onere transeat. Hucque conducit, quod
- ³⁰ tacitum pignus non ex præclusionione, sed inductione contrahi, respondetur *in l. 2. & ll. seqq. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. item quia. 4. ff. de pact.* Et absurdum est dicere: res simul atque in prædia urbana inductæ fuerint, obligatas esse: nihilominus autem eas liberè conductorem, sine onere tacitæ hypothecæ, alienare posse: ut sic locator earum causa, actione Serviana adversus possessorum experiri nequeat. Idem quoque probatur *ex l. 1. ff. de Salviano interd. & l. 1. C. de precario, & Salviano interd.* Non obstat *l. est differentia. 9. ff. in quibus caus. pign. vel hypoth. tac. contr.* ubi bona illata, ante perclusionem factam, absque ullo onere tacitæ hypothecæ, alienantur. Nam favore libertatis illud singulariter placuit, ut generalis hypotheca non impediatur manumissionem servi: specialis autem eam impediatur. *l. 2. & 3. Cod. de servo pign. dato manumiss. l. licet. 6. ff. in quibus. caus. pign. vel hypothec. tac. contrah.* Cæterum cum dicitur, singulari jure hoc tribui libertati, ut inquilinus non prohibeatur servum manumittere, priusquam locator eimanum iniecit, eumque veluti inclusit: satis apparet, res alias ab inquilino liberari abalienando non posse. Jus quippe singulare in uno significat, jus commune esse contrarium in aliis. Eaque de re diversas opiniones alunt *Iason. num. 77. Schneidevvinus num. 53. Zasius n. 27. & 28. ad d. § item Serviana. 7. infr. de actionib. Wesenbec. in Paratitl. ff. in quibus. caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit. num. ult. Balduin. d. c. 6. circa med. Negusant. dicto. membr. 4. num. 131. D. Obrechtus Disput. 15. num. 80. & multis sequentibus.*
- ³² Quaritur quoque convenienter: an libri Studiosorum, in habitationem conductam illati, pro pensione locationis tacitè obligentur? Et obligari, affirmant *Franciscus Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 8. in fine. Quirinus Kubach, cent. 3. q. illustr. Politico-jurid. decur. 9. quest. 3. p. 878. cum seqq. itemque apud Arummaum vol. 4. de jure publ. discurs. 34. q. 3. p. 117. Hunnius in Commentar. ad Auth. Habita C. Ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. c. 2. quest. 12. & alibi.* Sed rectiùs alii communiter negant, *argumento l. obligatione. 6. cum 2. sequentibus ff. de pignoribus & hypothec.* ubi dicitur, obligatione generali rerum neutiquam contineri ea, quæ in usum quotidianum habentur, & quæ verisimile est, quenquam specialiter obligaturum non fuisse. At libri Studiosorum in usum quotidianum habentur; nec ipsi verisimiliter illos obligaturi fuissent. Ergo generali obligatione bonorum, etiam expressâ, libri non veniunt.
- ³⁴ Multò igitur minus tacitâ obligatione generali, qua inquilini res omnes tacitè nexui pignoris suppositæ creduntur, venire poterunt: quoniam major vistaciti, quàm expressi, esse nequit, *arg. leg. expressa. 195. ibique Dd. ff. de regul. juris.* Eodem pertinet *d. Authent. habita. ibi, quis eorum non misereatur, &c. C. ne filius pro patre &c. & l. excoctores. 7. cum Authent. agricultores. C. qua res pignori obligari possunt, vel non, &c.* Nec quidquam contrariam relevat opinionem, quod privilegia, utpote jura exorbitantia, non sint extendenda, *argum. l. quod verò. 14. ff. de legib.* Nihil enim hic exorbitans; sed rationi & juri ordinario convenit; ne instrumenta rustica, & quotidianis usibus destinata, sub hypothecâ generali & indefinita contineantur. Verùm hanc sententiam explicavi uberius *in dict. §. item Serviana. 7. num. 18. & sequentibus infrà, de actionib.* Eamque, præter Interpretes illic à me relatos, defendunt *D. Bocerus hic num. 47. & seqq. pag. 209. Hunnius sibi ipsi contrarius, Disput. 19. ad Institut. thes. 26. Martinus Schickhardus Disput. 12. thes. 7. ad lit. d. Andreas Gerhards decad. 14. q. 4. & Bachovius in tract. de actionib. disput. 3. sub th. 34. in fine. p. 104. nec non in tract. de pignorib. & hypoth. lib. 1. cap. 11. num. 3.*
- ³⁵ Discrepant etiam & controversantur inter se valde Do-

ctores: an bona minoris viginti quinque annis in prædium urbanum, non adhibito curatore, illata, & invecata, tacito pignore pro pensione domus teneantur? Ego (etsi nonnulli, haud in infimis subselliis collocandi Jureconsulti, contrarium sentiant. *Francisc. Accursius, Bartolus, Fulgosius, Salicetus & Costalius in l. item quia. 4. ff. de pactis. Iacobus Menochius in tractat. de adipisc. possession. remed. 3. num. 82. & in arbitrar. judic. quest. lib. 2. cent. 2. cas. 171. num. 30. & seqq. D. Collega Magirus in explicat. l. 1. ff. de Salvian. interd. eumque laudans Andr. Burckardus d. dissertat. de pignorib. & hypoth. sect. 2. conclus. 14. Angelus num. 4. & Iohannes Schneidevvinus num. 44. in dict. §. item Serviana. 7. infrà de actionib. Everhardus Bronchorstius centur. 1. miscellanearum controversiarum. assertio. 76. & Martinus Schickardus dict. Disputat. 12. thes. 7. sub lit. d. in fine. & resolution. question. 3.) teneri illa, omnino existimo: tum quia nusquam res minorum ab hoc tacito pignore excipiuntur: tum quia in pignore non grave rei damnum versatur: tum quia tacitam hanc hypothecam lex ipsa inducit, citra curatoris, vel judicis factum; adeoque sufficit decretum legis, *argum. leg. sed si pecunia. 3. §. 1. ibi, quia non ex tutoris, vel curatoris volunt. id fit, &c. ff. de reb. eorum, qui sub tutela vel curâ sunt, &c. l. apud Iulianum. 3. in fin. ff. quib. ex caus. in poss. eat. leg. furiosus & pupillus. 46. ff. de obligationib. & actionib.**

Neque obstat, quod res minorum absque consensu tutorum & curatorum expresse obligari non possint. *l. 3. C. de integr. restit. minor.* Ergo nec tacitè: cum taciti & expressi par ratio esse dicatur. *l. 3. ff. de reb. credit. & l. triticum. 94. ff. de verb. obligat.* Hæc enim regula procedit tantum, quando juris auctoritas pariter æstimat tacitum & expressum, ut ex citatis modò locis apparet. Ast hic jura aliud in expresso, & aliud in tacito disertè definiverunt. Similiter non obstat, quod res minorum obligari non possint sine decreto Prætoris, & causæ cognitione, *leg. lex. qua tutores. 22. Codic. de administration. tutorum vel curatorum, & pecuniâ pupill. fœnerand. leg. magis puto. 5. §. 2. & 3. & toto titulo ff. de rebus eorum, qui sub tutela vel curâ sunt, sine decreto non alienand. vel supponend. &c.* Id namque de expressâ obligatione intelligendum est: hoc autem tacitum pignus ipso jure & interpretatione legis inducitur, ut ante dictum. Ideoque & in *leg. 1. §. ult. cum leg. sequent. Digest. dicto titulo* subindicatur differentia inter pignus rei pupillaris, expressâ conventionem & tacitâ inductum. Quare cum ipsa per minorem facta conductio domus valeat, adeò, ut si in eâ non sit læsus, nec in integrum restitui possit, quasi boni & diligentis patrisfamilias officio functus, *argum. l. verum. 11. §. item non restituetur. 4. ff. de minoribus.* nulla certè justa est ratio, cur & resejus in domum illatæ non obligatæ censeantur. Atque hanc opinionem, ceu omnium æquissimam & receptissimam, tenent *Baldus & Paulus de Castro in d. l. item quia. 4. ff. de pact. Iohan. Andrea in addit. ad Specul. in tit. de donat. int. vir. & uxor. §. fin. vers. quid, si mulier, &c. Alexand. in l. si constante. 24. in princ. ff. solut. matrimon. Gomezius num. 25. Bellonus num. 3. & Iason num. 57. in d. §. item Serviana. infr. de actionibus Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. memb. 4. num. 254. Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. C. num. 217. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 8. & seq. D. Bocerus class. Disput. 12. thes. 55. edit. 2. & in hoc §. n. 42. cum seqq. Hackelman. Disput. quest. illustr. 12. thes. 5. sub lit. B. Matth. Stephani cent. 3. quest. 32. Stuckius part. 1. Exercitat. Iustin decad. 10. assert. 8. lit. e. pag. 395. & Hieronym. de Cavallos in commun. opin. contr. commun. quest. 132. aliq. per eum relati. Adde Doctorem Martam tom. 3. digestorum novissimorum. tit. hypotheca. cap. 26. fol. 18.*

Ambigitur insuper de eo: an pecunia sive nummi, in prædium conductum illati, tacitè obligentur? Et distinguunt Interpretes quidam inter eos nummos, qui eo animo sunt illati, ut ibi sint perpetuò, tanquam thesaurus (solent enim boni patresfamilias aliquam pecuniam, vel ut peculium aliquod, sibi reservare & reponere in usus necessarios *l. si chorus. 79. §. 1. ff. de legat. 3.*) ut hi duntaxat sint obligati: & inter eos, qui importantur, & quotidie exponuntur, ut hi non sint obligati. Quia isti ad hoc

hoc nati & formati sunt, non ut retineantur, sed ut expendantur. *D. Zasius num. 22. § Schneidevvinus num. 39 40. in d. §. item Serviana. 7. infr. de actionibus.* Mihi verò, quicquid dicant alii, omnes indistinctè nummi in prædium urbanum illati videntur obligati, argumentum mercium, quæ in domum conductam invec-
tæ, tacite pro pensione obligantur, non quidem in specie & particulariter, quoad individua, sed in genere & universaliter. Quamvis etenim species mercium vendantur: tamen semper aliæ substituuntur, quæ denuò pignore tacito obstrictæ tenentur: ut traditum supra num. 27. & seq. ex l. cum tabernam. 34. in princ. ff. de pignoribus. & hypothec. Sanè cum & nummi pignore generali contineantur sine ulla distinctione. *d. l. cum tabernam. 34. §. ult. ubi Bartol. ff. eod. l. idemque. 7. §. ultim. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant.* tacitum autem pignus ferè sit generale quoddam pignus; ratio postulare videtur, ut & nummi in domum importati sint pignori, sive in thesaurum reponantur, sive non; modo illati eo animo, ut ibi sint, donec exponantur. Nam quin exponi possint, ut merces vendi, cum hæc earum rerum sit natura, nullus debito. *De eodem vide Negusantium in tractat. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. num. 166.*

40 Dubitatur præterea de lectulis, vestibis, pannis, cistis & similibus rebus, quarum quotidianus solet esse usus, an hæc illatorum & invectorum nomine contineantur, adeoque tacite obligentur? Et non contineri, nec tacite obligari, docent plerique, arg. l. obligatione generali. 6. & 2. ll. seqq. ff. de pignorib. & hypothec. Baldus in l. certi juris. 5. in 6. quest. Cod. de locato. Angelus num. 1. Iason. num. 63. hosque cum aliis referens Schneidevvinus. num. 42. in d. §. item Serviana. infra de actionib. Sed usu tamen obtinuit, ut tacite obligentur, maximè si inquilinus res alias non habeat. Unde rectè Zasius in d. §. item Serviana. num. 22. ad fin. autumat: supellectilem, quæ extat tempore pensionis solvendæ, tacite obligatam esse. argument. præallegata l. cum tabernam. 34. ff. de pignoribus & hypothec. quam in hac materia auro dignam esse, pronunciat.

41 At quid de instrumentis & chirographis in domum conductam illatis dicendum? an & ea tacite locatori obligata videbuntur? Et multi ajunt, non ipsas tantum chartas, sed etiam obligationem & nomina sive debita chartis comprehensa, videri obligata, argum. l. servum filii. 44. §. cum, qui. 5. ff. de legat. 1. l. qui chirographum. 59. ff. de legat. 3. & l. cum constet. 2. C. qua res pignori obligari poss. ubi Impp. Severus & Antonius rescripserunt; eum, qui instrumenta agrorum suorum pignori posuerit, de ipsis agris obligandis cogitasse. *Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 165. & seq. in fin. ubi plures ad hoc citat.* Sed isthæc opinio vix videtur probabilis; propterea quòd instrumenta vel chirographa, seu nomina debitorum sub generalitate obligationis non transire, manifesti sit juris, l. Cajus Se. us. 86. in princ. ff. de legat. 2. Et hac de re inspicie Johannem Fabrum, diversas Glossographorum opinioniones referentem, in d. §. item Serviana. num. 6. infr. de actionibus.

42 Postremò quæri poterit de rebus alienis; an & hæc, ab inquilino in domum conductam illatæ, locatori tacite pignori sint obligatæ? Atque obligatas non esse, certum est: quoniam ne expresse quidem illæ oppignorari aut obligari possunt. l. 2. ff. de pignorat. act. l. quæ prædium. 6. & tot. tit. C. si aliena res pignori data sit. Quod tamen ita accipiendum est: nisi dominus expresse in pignus consenserit. Licet enim sciverit, & passus fuerit, rem suam inferri ab alio in domum conductam: non tamen continuo censendus est in pignus quoque tacite consensisse; nisi forsan dolus ipsius intervenerit, argum. l. Cajus. 39. ff. de pignorat. act. l. 2. C. si aliena res pignori data sit. l. sine. 5. Cod. ad senatusconsult. Vellejan. Idemque probatur Iacobo de Arena, Cyno, Baldo & Saliceto in d. l. certi juris. 5. C. de locato. Fabro n. 1. in fin. & Schneidevvinus n. 45. & 46. in d. §. item Serviana. 7. infr. de action. Quamvis aliter censeant glossa & Alexander in d. l. certi juris. Cod. de locat. Iason. in d. §. item Serviana. n. 54. infr. de

actionib. Bartol. in l. quæ dotis. 33. ff. solut. matrim. Negusant. d. part. 2. membr. 4. n. 152. & Hermannus Meyer. intr. de pignor. & hypothec. lib. 1. c. 18. n. 16. & seq.

Necessarium pignus est, quod necessitate suadente constituitur: & hoc rursus in legitimum, & prætorium, distinguitur. *Baldus in tract. de pignoribus & hypothec. c. 7. Heigius hic num. 12. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 106. & 107.* Legitimum vocatur, quod lex ipsa intro-
ducit, invito etiam domino: idque ratione seu contemplatione personæ, vel respectu rei sive causæ. *Donell. in tr. de pignorib. c. 5. in princip.* Ratione personæ, primò tacitum legitimum pignus tribuitur fisco in bonis omnium debitorum fiscalium. Hoc siquidem jus est fisci, ut statim sui debitoris bona, tam futura, quam præsentia, absque expressa specialique conventionione, sibi pignoris nexu devinciat. l. *Ælianus. 10. ff. de manumission. l. auferitur. 46. §. fiscus. ff. de jure fisci. l. 2. & 3. C. de privileg. fisci. l. 1. & 2. Cod. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. D. Bocer. class. 2. Disp. 12. th. 61. ed. 2.* Ejusque ratio hæc redditur: quia cum omnes fortunas nostras, corpus etiam & vitam, Reipublicæ, cui nati sumus, debeamus: bono autem publico pecunia fisco comparetur; ut quæ una pacis & belli, ocii & negotii, rerum denique quocunque tempore gerendarum nervus existit; æquum sanè est, ut fisci debitor jure pignoris ad solvendum cogatur: quò ea, quæ ad publicam causam reditura sunt, omni modo dissolvantur. *D. Obrecht. d. Disput. 15. th. 112. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. n. 1. Meyer. in tract. de pign. & hypoth. lib. 2. tit. 3. n. 10. & tit. 4. n. 15.* Debitorem porro intelligimus quemcunque, sive ex
contractu sit debitor fisci, sive ex aliâ qualibet causa, ut ex causa tributis. *d. l. 1. & 2. C. in quib. caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. vel ex causa primipili. l. satis notum. 4. C. d. titul. & omnino ex causa administrationis non tantum primipilariæ, sed cujuslibet muneris, argum. l. cum te. 3. ff. ne uxor pro marito, & c. l. 1. ff. ad leg. Jul. de vi public. & l. 1. C. de privileg. fisci.* Primipilus
est inter centuriones legionis primus: qui & primipili centurio, & primum pilum ducere dicitur à Livio lib. 6. 7. & 8. item Vegetio lib. 2. de re militar. c. 8. & Casare de bello civil. lib. 1. & de bello Gall. lib. 3. idq. latius explicat Schardius in lexic. jurid. in verbo, primipilus, & c. & Ausonius Popma lib. 4. de diff. verb. in verb. primipil p. 243. Ast in jure nostro primipilus perhibetur munus quoddam militare, nempe cura annonæ militaris. l. solita. 3. ibiq. Cujacius & Gothofred. & l. ordinariorum. 7. C. de cohortalibus, & c. & tot. tit. C. de primipilo. Ut igitur ejus, qui alia munera ad fiscum pertinentia administrat, bona, tanquam debitoris fiscalis, sunt fisco tacite obligata: ita & bona primipili, sive ejus, qui res primipilares administrat; nec ejus tantum ipsius bona, sed uxoris quoque ejusdem dos tacite obstricta tenetur. *d. l. satis notum. 4. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. d. l. cum te. 3. ff. ne uxor pro marito, & c.* Ratio hujus juris, cur dos uxoris sit obligata fisco etiam pro marito, est tum favor fisci, hac in parte major dote: tum quia dos, constante matrimonio, est in bonis mariti, ejusque quodammodo esse censetur. argum. l. ubi adhuc. 29. & seq. C. de jure dot. Vide annotata ad §. fuerat. 29. n. 29. & seq. infr. de action.

Sed quæritur: an non modò dos, sed etiam parapherna uxoris sint ob primipilum, aliudvè munus mariti, fisco tacite obligata? Et veritati magis consonum est, non esse: tum quòd bona, extra dotis causam data, id est, parapherna disertè distinguuntur à bonis dotalibus; ita ut hæc sint obligata fisco pro munere mariti, illa non item. *d. l. 3. C. ne uxor pro marito, & c. d. l. 1. C. de privileg. fisci.* tum quòd ratio in paraphernis cessat: quam diximus hanc esse, quia dotalia putentur esse mariti constante matrimonio: at parapherna sive receptitia sunt planè uxoris. l. si ego. 9. §. caterum. 3. ff. de jur. dot. l. maritus. 21. C. de procuratorib.

Hoc sanè perquam dubium est: an & in causis criminalibus huic tacitæ hypothecæ sit locus? Et inter pœnas damnatorum distinguitur. Nam si pœna est corporalis, sive etiam bonorum omnium publicatio, non est locus hujus hypothecæ: quia priore casu non agitur de bonis:

in altero verò, bona publicata sunt jam ipsius fisci, *l. commissa. 14. ff. de publican. & vectigalib.* At rerum nostrarum pignus esse non potest. *l. neque pignus. 45. ff. de reg. jur.* Quod si multa aliqua sit pecuniaria: hujus multæ nomine bona delinquentis ante condemnationem fisco tacite non sunt obligata: quia ante eam fiscus nullum jus habet. *l. ex judiciorum. 20. ff. de accusationib.* post condemnationem autem obligata creduntur: quoniam per sententiam quasi contrahitur, arg. *l. 3. §. idem scribit. ff. de pecul. Et ita, post alios, docent Negusantius in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. membr. 4. n. 115. & Peregrinus. lib. 6. de jure fisci. tit. 6. n. 12.* Verum etiam Doctores communiter ita sentiunt: non tamen, meâ sententiâ improbabilius dici poterit: regulam hanc, quâ fisco bona debitorum fiscalium tacite obligantur, non pertinere ad criminales causas: tum quia toto ferè jure nulla poenarum aut criminum hac in re est mentio: tum quia perrarò usus hujus rei esse potest. Licet enim quispiam in multam condemnatur: creditoribus tamen condemnati id fraudi esse non debet, qui multam fisci hic præveniunt & antevertunt; ut & fit in publicatione bonorum. *l. non possunt. 11. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. ff. de jure fisci. l. unic. C. de poenis fiscalib. &c. Knipschildt. exercit. Acad. 5. q. 7. p. 187.*

§ 2 Porro simile privilegium fisco nulla civitas habet in bonis debitoris, nisi nominatim idâ Principe datum sit, *l. simile. 10. ff. ad municipalem. l. 2. C. de jure Reipubl. l. Antiochensium. 37. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* Ejusque ratio est: quia solus Princeps, aut quæ principum instar dominantur, civitates, fiscum, id est, pecuniam publicam, habere dicuntur: reliquæ verò privatorum loco habentur. *l. eum, qui. 16. ff. de verbor. significat. Connan. d. lib. 4. c. 16. n. 1. Balduin. d. tract. de pign. & hypoth. c. 7. circa medium.* Sanè omnes omninò civitates & populos, merum & mixtum imperium, juraque regalia & fiscalia habentes, jus tacitæ hypothecæ obtinere, vulgò receptum est: ut, *past Bartolum in l. 2. in pr. ff. de jure fisci. & Baldum in l. 1. ad fin. C. de hered. vel act. vendit.* annotavit Negusantius d. part. 2. membr. 4. num. 114.

§ 3 Deinde respectu personæ, tacitum legitimum pignus datur pupillis & minoribus 25. annis, in bonis tutorum & curatorum suorum, & pro his negocia gerentium. *l. pro officio. 20. C. de administrat. tutor. l. un. §. & ut plenius. ibi, quemadmodum in administrat. pupillar. rerum. C. de rei uxoris. act. l. dabimusq. 19. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid. tot. tit. ff. de eo, qui pro tutor. vel curat. negoc. gessit. l. un. C. rem alienam gerentib. non interdici rer. suar. alienat. l. ult. C. de legit. tut. l. ult. §. & si quidem. 5. vers. & inventar. C. de curatore furios.* Ratio tacitæ hujus hypothecæ hæc est: quia quicumque tutelæ munere fungitur, sive is tutor sit, sive curator, sive alius, semper videre debet, ne pupilli bona pessumeant: si id non facit, meritò pupillo tenetur, *per jura modò alleg. & not. D. Obrecht. d. disp. 15. th. 114.*

§ 4 Quæri solet: an & in tutoribus sive curatoribus ad litem tantum datis, isthæc sententia locum habeat? Id quod Doctores affirmant, *in l. properand. 13. §. fin. per istum textum. C. de jud. Negusant. d. tract. de pign. & hypoth. 4. membr. 2. part. princ. n. 8. p. 97.* Et licet ne verbulo quidem fiat pignoris mentio *in d. §. fin. nec is de tutoribus ad litem,* sed generaliter de tutoribus & curatoribus agat: & statuatur, quod si eorum desidia quid damni pupillus minorvè in lite acceperit, id ei restituatur à tutore, vel ejus herede, aut fidejussore: quorum, inquit, substantia sive bona si non sufficiant: habet pupillus vel minor & aliud auxilium, nempe restitutionis in integrum, ob damnum in lite acceptum: nihilo minus tamen Doctorum traditio sustineri poterit: eo quod ratio istius privilegii non minùs valeat contra tutorem ad litem, quam ad bona, magnus videlicet minorum & pupillorum favor, ut iis cautum sit non solum in personam, id est, actione tutelæ, sed etiam in rem, id est, hypothecaria, arg. *l. 1. & tot. tit. ff. de tutela, & rationib. distrabend.* Illud hîc singulariter notandum, quod ab Imp. constitutum extat: si mulier suscepta liberorum suorum tutelâ, iterum nubat, priusquam aut iis tutorem petierit, aut reliqua persolverit: eo nomine hæc liberis tacite obligari, non modò bona mulieris, ut

tutricis; sed etiam novi mariti, sive vitrici: ut liberis magis sit consultum ac prospectum adversus matrem, iterum & secundo nuptam. *l. si mater. 6. ibique Bartolus & Baldus. C. in quib. caus. pignus, vel hypoth. tacit. contrahit. l. 2. C. quando mulier tutel. officio fungi pot. Novell. 22. c. 40.* Ratio partim jam allegatis juribus indicatur: quia scilicet contra sacramentum præstitum fiat, si mulier, quæ semel tutelam suscepit, denuò postea nubat: partim illa est; quia novæ nuptæ plerunque solent non tantum bona, sed etiam corpus & vitam novis seu posterioribus maritis addicere, rescribente Imp. Constantino *in l. lex, qua tutores. 22. ante finem. C. de administrat. tutor. vel curat.* Idque fusiùs explicat Burchard. Berlichius *in tract. de jure novercar. part. 2. art. 3. sect. 16. num. 1091. cum seq. pag. 322. & seqq.*

Præterea si pater in administratione bonorum adventitiorum (quorum ususfructus hodie ad patrem pertinet) filiis familias aliquid malè gesserit: bona paterna hoc nomine, saltem ut patre mortuo impeti possint, tacite, & quidem à tempore susceptæ administrationis, obligata intelliguntur, *l. cum oportet. 6. §. non autem. 2. & §. ultim. C. de bonis, qua liberis, &c.* Quod tamen non de omnibus bonis adventitiis, sed de maternis tantum, & materni generis, intelligendum est. Quamvis enim pater omnium adventitiorum sit administrator legitimus: haud tamen omnium, sed maternorum duntaxat & materni generis, non verò proprio filii labore partorum, aut prosperâ fortunâ quasitorum nomine, bona illius filio obligantur. Ita disertè distinguit Justinianus Imp. *in d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. eod.* At dubitatur de illis bonis adventitiis, in quibus pater non habet ususfructum; an eorum quoque nomine filio bona patris tacite obligentur? Et obligari, si pater ea administraverit, tanquam legitimus administrator, ait Bald. *Novell. in tr. dotis, part. 9. privileg. 8. eumq. referens Negusantius d. tract. de pignorib. & hypoth. membr. 4. secunde part. principal. n. 16.* Sed verius est, non obligari: tum quia eorum administratio non pertinet ad patrem, qui in iis nihil prorsus juris habet: tum quia si pater ea sponte administret, negotiorum gestor potius dici debet, quam curator sive legitimus administrator. argum. *l. 2. & tot. tit. ff. de negoc. gest.* Atqui gestoris bona nunquam censentur obligata gestis nomine, sed tutoris tantum, vel curatoris. Atque ita sentire Bartolum & Alexandrum *in l. si constante. 24. in princip. ff. matrim. testatur Negusantius loco præallegato.*

Quæritur itidem de Episcopo, aut de Præsule sive Abbate monasterii, num eorum etiam bona sint Ecclesiis & monasteriis tacite, gestis & administrationis bonorum ecclesiasticorum aut monasterialium nomine, obligata; Et esse obligata, plerique asserunt, *Glos. in c. ex literis. 5. in verbis obligata. ibiq. Ioan. Imol. Panormitan. & alii. ext. de pignorib.* Verum contrarium veritati magis accedere, mihi non sine causa videtur: primùm quia bonorum administratio ecclesiasticorum jure civili non ad episcopum, sed ad æconomum pertinet. arg. *Novell. 123. c. 23.* Deinde quia nullus in jure (quod ego sciam) sive Cæsareo, sive Pontificio, expressus de tacito pignore in bonis Episcopi vel Prælati textus extat. Tacita autem pignora legitima non nisi lege expressa inducuntur, ut ex hætenus traditis, & definitione legitimi pignoris, *suprà num. 44. adducta, manifestum redditur.* Eadem ratione eorum, qui præsunt orphanis, bona tacite orphanotrophio obligata non videntur: quod scilicet nullâ lege, quæ tamen ad tacitum legitimum pignus est necessaria, id expressè cautum reperitur. Nec obstat, quod orphanotrophii comparantur tutoribus & curatoribus, *per textum in l. orphanotrophos. 32. C. de episcop. & cler. ubi dicitur, orphanotrophos esse pupillorum quasi tutores, & adolescentium quasi curatores. Nam non in omnibus, sed in quibusdam tantum rebus orphanotrophii sunt similes tutoribus, nempe ut & personas orphanorum defendant, & negocia eorum administrent: ac proinde quasi, non veri tutores & curatores appellantur. dict. l. orphanotrophos. 32. Cod. dict. titul. Tametsi Baldus, & nonnulli alii dissentiant, ad l. si quis presbyter. 20. Cod. eod.*

- 64 Adhuc tacitum pignus legitimum conceditur liberis prioris matrimonii, in bonis patris vel matris, ad secunda vota transeuntis. Horum enim bona omnia liberis illis tacite obligantur, pro lucris & aliis bonis conservandis, ad ipsos liberos ex prioribus nuptiis pertinentibus, l. hac edictali. 6. §. omnibus. 2. & l. si quis prioris. 8. §. in illo. 4. C. de secundis nupt. ibique Bartol. Bald. & Salicet. l. ult. §. 1. vers. exceptis. C. qui potior. in pign. habeant. & d. l. cum oportet. 6. §. ult. C. de bonis, quæ liberis, &c. Negusant. d. tract. de pign. & hypoth. memb. 4. secunda part. principal. n. 14. & seq. Dubia hinc moveri solet quaestio: an non solum patris, matris, tutoris & curatoris bona; sed etiam heredum illorum, tacite obligentur liberis, pupillis, & adolescentibus? Et plerique Interpretes obligari recte negant, hac ratione: quod ne expressa quidem conventionione obligatis bonis tutoris, patris, &c. contineantur bona heredis propria. l. Paulus. 29. in princ. ff. de pignorib. & hypoth. Multo igitur minus tacito tutoris, patris, &c. pignore bonorum, debent bona heredis propria contineri: cum plerumque minor sit vis taciti, quam expressi, arg. l. cum quid. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. expressa 195. ff. de reg. jur. Raph. Cuman. consil. 58. incip. quaritur, an bona heredis, &c. Dd. ad d. l. ult. Cod. qui potior. in pign. hab. Neque adversatur l. properandum. 13. §. fin. Cod. de judic. ubi fit mentio heredum. Quia jam supra num. 55. monitum est: illum §. non agere de pignore, neque expressio, neque tacito. Proindeque malè quidam argumento istius §. planè à nostra quaestione alieni, contendunt; quod bona heredum tutoris vel curatoris propria pupillo vel minori tacite obligentur. Sed vide Negusantium id paulò fusiùs explicantem. d. membr. 4. secunda part. princ. n. 11. p. 97. & seq.
- 68 Contemplatione rei, tacita hypotheca datur in causa dotis, ex utroque latere, videlicet tam ex parte mariti, pro restitutione dotis. §. fuerat. 29. vers. sed & tacitam. infr. de actionib. l. unic. §. 1. Cod. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. C. de jure dot. c. ex literis. §. §. mandamus. ext. de pignoribus. quàm ex parte mulieris; pro ipsa dote præstanda. d. l. unic. §. 1. ibi, pro ipsa dote præstanda. item ibi, dederint vel promiserint. C. de rei uxor. act. Ratio, cur tacitum hoc pignus doti sit indultum, videtur potissimum duplex. Prior: quia in pactis & instrumentis dotalibus olim solebat plerumque pignus pro dote nominatim ac expressè adjici. l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donationib. inter vir. & uxor. l. 1. ff. qui potior. in pign. ignore, vel hypoth. habeant. Ea autem, quæ sunt moris & consuetudinis; facile in bonæ fidei judiciis, ut est actio de dote, recipiuntur. l. quod si nolit. 31. §. quia assidue. 20. ff. de adilit. edict. Altera ratio est: quia in causa dotis spectatur æquum bonum, id est, æquitas naturalis, 70 l. eas obligationes. 8. ff. de capite minutis. At contra æquitatem naturalem esset, dotem vel datam non restitui, vel non datam, sed promissam duntaxat, non dari: 71 maximè cum dotis causam ubique præcipuam esse, Reipublicæ interfit. l. 1. ff. solut. matrim. Knipchildt. d. exercit. Acad. quest. 7. pag 179. Cæterum D. Obrechtus existimat, rationem hujus juris positam esse in singulari favore, quo Legumlatores mulieres sint profecti. Disput. 15. thes. 172.
- 72 Porro hinc aliquot utiles & pulchræ quaestiones excutendæ veniunt. Prima est: an privilegium tacitæ hujus hypothecæ locum habeat in augmento dotis: ut nimirum pro eo etiam bona mariti obligata censeantur? Et obligata censerent, constet ex Novell. 97. de equalitate dotis, &c. cap. 2. Hujusque ratio est: quia augmentum dotis ejusdem est juris, cujus ipsa dos, cum sit pars dotis. l. etiam si non dotem 8. C. de jure dot. Sichard. in l. assidue. 12. n. 22. C. qui potior. in pignore habeant. Eaque de re copiosè Iason. ad rubr. ff. solut. matrim. Negusant. in tract. de pignorib. & hypoth. 4. membr. secunda part. princip. n. 64. & novissimè Berlichius conclus. practicab. 45. de pralat. dotis num. 28. & seq. part. 1.
- 74 Secunda quaestio est: num hoc taciti pignoris privilegium uxori competat etiam pro bonis paraphernalibus sive receptitiis, per maritum administratis? Et competere, Interpretes pleriq; ajunt, si modò isthæc bona maritus admi-

nistraverit. Bart. & Baldus in l. ult. C. de pact. conv. per istum text. Iason. in §. fuerat. 29. n. 41. ibiq; Zasius n. 16. infr. de action. Ioh. Compegius in tract. de dot. 1. part. q. 8. Alex. consil. 36. lib. 6. Salicet. in l. assidue. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. habeant. Negus. d. membr. 4. secunda part. princ. n. 63. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 7. n. 1. ubi hanc opinionem communem dicit: eamque secutos esse Dominos Camerales, testatur Mynsingerus centur. §. obs. 4. n. 3. Item, post alios, statuit Berlichius d. part. 1. concl. 65. n. 63. & seq. eumque laudans D. Befold. vol. 4. consil. 191. n. 5. cum seq. fol. 278. Sed hæc opinio à veritate juris prorsus aliena, adeoque dicendum videtur: pro bonis paraphernalibus, quæ scilicet præter dotem ad mulierem pertinent, uxorem non habere pignus tacitum in bonis mariti: tum quod lex, quæ tacitum hoc pignus est inductum, de dote tantum agat: tum quod nullum dotis privilegium ad bona paraphernalia porrigatur. Hæcque sententia placuit glossæ in c. ex lit. §. in verb. obl. extr. de pignor. & Hunnio in resol. ad Trentler. vol. poster. disp. 24. th. 7. q. 53. p. 609.

Nec obstat. d. l. ult. C. de pact. convent. ubi in vers. fin. au-75 tem minimè, &c. Justinianus Imp. ita ait: Ex præsentis nostra lege habeat hypoth. contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Nam lex ista non de omnibus paraphernis, sed de una duntaxat paraphernorum specie; nimirum de nominibus sive obligationibus paraphernalibus disertè tractat, ut ex principio legis enitefcit. Quod igitur speciali casu est concessum, non debet produci ad omnia parapherna; præsertim cum hujus casus propria ac specialis assignari possit ratio, quæ in reliquis paraphernis locum non habet. Ratio autem, cur ob nomina sive obligationes paraphernales marito traditas, Justinianus dederit uxori tacitam hypothecam, ex d. l. ult. hæc colligitur: quia pecunia, quam maritus ex hisce obligationibus agendo consequitur, facile perire posset, ac dilapidari: quod non itidem de corporibus, maxime iis, quæ sunt soli, sive prædii, dici poterit, argum. l. quod verò. 14. & seq. ff. de legibus.

Tertia quaestio est: utrum hoc jus taciti pignoris sibi 76 vindicet quoque locum in donatione propter nuptias? Et vindicare vulgò receptum est, arg. l. ubi adhuc. 29. ibi, resque sibi suppositas pro dote & ante nuptias donatione, &c. C. de jure dot. Baldus ibidem in penult. colum. versic. item quero, & c. Innocent Panormitan. & alii in d. c. ex liter. §. ext. de pignoribus. Iason n. 40. & Zasius n. 14. in d. §. fuerat. 29. infr. de action. Covarruv. d. lib. 1. var. resol. cap. 7. num. 1. vers. eodem pacto. &c. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princip. n. 64. cum seqq. & Mynsinger. d. cent. §. obs. 4. n. 4. ubi hanc sententiam in Camera approbatam esse, asserit. Verum & istam opinionem vix jure sustineri posse, reor: tum quia Justinianus, taciti hujus pignoris auctor, tantum de dote loquitur, d. l. un. §. & ut plenius. 1. Cod. de rei uxor. act. d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. Multa autem dotium singularia sunt in jure, quæ ad donationem propter nuptias minimè pertinent, ut est ipsum jus prælationis. d. l. assidue. 12. §. hæc autem. 2. C. qui potior in pign. habeant. Tum quia hoc jus taciti 77 pignoris datum est uxori, ut ipsius doti melius sit prospectum, d. l. unic. §. & ut plenius. C. de rei ux. act. hoc est, ut ne in damnum incidat: sed ut, matrimonio soluto; dotem suam habeat salvam. Ast in donatione propter nuptias mulier non de damno, sed de lucro est sollicita: pro quo lucro, inquit Justinianus non fovemus mulieres; sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, curamus. d. l. assidue. 12. §. hæc autem. in fine. C. qui potior. in pign. habeant. Tum quia jura singularia, ut est hoc ta-78 citi pignoris, non debent porrigi ad consequentias. d. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legibus.

Non adversatur d. l. ubi adhuc. 29. in princ. C. de jur. 79 dot. ex qua Doctores communiter evincere conantur: uxorem habere mariti bona tacite obligata etiam propter donationem ante, vel propter nuptias. Etenim ea non agit nominatim de tacitâ, sed generaliter de hypothecâ. At generalis oratio ita est interpretanda, ut vitio careat, 80 sicque non pugnet cum jure, aut ratione legum. l. in ambigua. 19. ff. de leg. l. 3. & l. cum in testam. 24. ff. de reb. dub. Potest igitur, imò debet d. l. ubi. 29. C. de jur. dot. accipi de hypo-

- hypotheca expressa: tum quod alias pugnaret cum rationibus juris modò allatis: tum quod constitutio dicta l. ubi edita est ab Imp. Justiniano, anno Imperii sui secundo: sed pignus hoc tacitum dotis idem Imperator anno decimum Imperii sui quarto introduxit, ut perspicuum est ex subscriptione Consulum in d. l. ubi. C. de jur. dot. § d. l. un. C. de rei ux. act. § iis, quæ docuimus supra in prolegomenis harum Institut. n. 4. § 8. Similiter nihil movet, quod donatio propter nuptias comparetur doti. Novell. 97. de equalit. dotis, &c. Licet enim in quibusdam, putà in modo sive quantitate, doti donatio propter nuptias comparetur, d. Novell. 97. attamen in plerisque hanc ab illa differre, apparet ex d. l. assiduis. 12. § penult. C. qui potior, in pign. habeant. Et ab hac, tanquam veriori sententia, non abhorrent Dynus & Gomezius num. 39. in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus. item glossa. in d. c. ex literis. §. super verb. obligata. ext. de pignorib. Vide Hunnium d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7. q. 53. p. 609.
- 82 Quarta quæstio est: nunquid pro alimentis etiam hoc privilegium taciti pignoris competat uxori in bonis mariti? Et competere, affirmant Doctores non pauci. Bartolus, post Jacobum de Arena, in l. si cum dotem. 22. §. sin autem in favissimo. 8. n. 7. ibique Raphael, & Alexander. ff. solut. matrim. Bald. in d. l. unic. §. Et ut plenius. C. de rei uxor. abl. Speculator. in tit. de donationib. inter vir. & uxor. §. formatis vers. sed nunquid bona viri. &c. hosque referens Negusantius d. tract. de pignoribus. & hypoth. membr. 4.
- 83 secunda. part. princ. n. 47. & seqq. Hic præsupponunt, maritum uxori alimenta debere: de quo tamen non immeritò dubitari potest, argum. l. si convenerit. 4. in fine. l. si pater. 12. §. 1. l. quidam. 22. l. inter. 26. §. convenit. 3. ff. patris dotatib. l. mutus. 73. §. 1. ff. de jure dot. Sed hoc posito, non planè concessio: haud satis justa videtur subesse ratio, cur privilegium hoc doti datum, ad alimenta sit extendendum. Siquidem horum multis in rebus diversum jus esse constat: & quod specialiter doti est indultum, propter utilitatem Reip. cujus interest, dotes mulieribus salvas conservari. d. l. 1. ff. solut. matrim. non statim ad alimenta produci solet, argument. d. l. quod verò. 14. & seqq. ff. de legib. Quare nonnulli distinguunt inter alimenta, uxori debita constante, & debita soluto matrimonio: ut ad illa quidem pertineat hoc jus tacitæ hypothecæ, ad hæc non item. Paul. de Castro, § conf. 8. Nec Bartoli & sequacium traditio juvatur textu in l. Lucius. 18. ff. qui potior, in pign. vel hypoth. hab. ex qua colligitur; cum, qui in sorte est potior, esse etiam in usuris potior: ac proinde mulierem non solum ob ipsam dotem, sed etiam ob alimenta habere jus tacitæ hypothecæ: quoniam ut usuræ sortis, ita alimenta dotis accessio censentur. Nam ut omnis fere similitudo claudicat; ita & hæc usuræ atque alimentorum comparatio lubrica reputatur; cum non satis liqueat, dote datâ marito, ex ea protinus ipsum uxori alimenta debere, ut paulò ante monitum. Præterea jus hoc tacitæ hypothecæ est singulare in dote: ac propterea non temerè ad consequentias porrigendum, sæpe allegata l. quod verò. 14. & ll. seqq. ff. de legibus. Atque hanc olim comprobaverunt sententiam Guilielmus de Suza. & Ioan. Ruff. de Parma, prout eos citat Bartolus loco supra designato.
- 86 Quinta quæstio est: ecquid pro precio rerum dotalium concedatur uxori hoc tacitæ hypothecæ privilegium? Finge: res quasdam dotales rectè ac licitè venditas à marito: & precium earum marito solutum ad alios, quibus ille fortassis debebat, pervenisse: annè hoc quoque casu huic privilegio pignus istud tribuatur? Et tribui, non sine speciosa ratione Doctores statuunt, quia, inquit, precium succedit in locum rei, præsertim universalis, hereditariæ peculii, dotis l. si rem & precium. 22. ff. de heredit. petit. Accurs. in l. Labeo & Sabinus. 14. super verb. ignorans. ff. de verborum signification. Francisc. Arat. in l. 1. colum. 3. ff. solut. matrim. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princip. num. 57. & sequentib. At sententia isthæc libertati commerciorum adversari videtur. Quis enim veller contrahere cum marito, sive quippiam ab eo emere? Et per quæ grave esset creditori, cui debetur à marito, & quid solvitur, si illud ipsum jam tacitè uxori teneretur.

Proinde ego hoc privilegium ad præcia rerum dotalium, maxime si ea jam creditoribus sint soluta, non pertinere, verius esse existimaverim. Sibi quippe mulier quæ rerum dotalium alienationi consentit, si quod emerit damnum, imputare debet. Nec omnino verum creditur, 88 quod Interpretes nonnulli jactant: in omni re universalis precium succedere loco rei. Id enim tantum dicitur de rei hereditariæ possessore, qui eam rem vendidit, & precium inde recepit: quandoquidem æquitas suadet, ut possessor nihil lucretur ex re aliena, id est, hereditaria: sed ut heredi restituat vel rem ipsam; vel si eam vendidit, id quod ex venditione lucratus est, hoc est precium. d. l. si & rem. 12. ff. de heredit. petit. Hoc igitur casu dicendum: precium quidem ipsum rei dotalis non esse obligatum: sed pro precio nihilominus bona mariti tacitè obligata censer. Ita tenere videtur Bartolus consil. 124. vol. 1.

Sexta quæstio est: an jus tacitæ hypothecæ habeat et 89 iam locum in dote cauta, & non numerata; quæ vulgò confessata, seu magis Latine confessæ appellatur: de qua scilicet per solam mariti confessionem constat, & quam maritus se accepisse nunc neget? Atque probabiliorem eorum puto esse sententiam, asserentium: privilegium hoc tacitæ hypothecæ, in dote confessata nullum sibi vindicare locum. Hoc namque privilegium ideo est introductum, ut sua uxori salva & integra dos conservetur. Quæ si nulla data est, sed cauta tantum & promissa: 90 iniquum profectò foret, pro lucro fovere uxorem, quæ nullam revera dotem dederit, argum. d. l. assiduis. 12. §. penult. in fin. Cod. qui potior, in pign. habeant. Sed & Justinianus in d. l. assiduis. 12. §. 1. vers. cum enim in personalibus. ibi, si tamen re ipsa fuerint parti mariti data, &c. veram desiderat dotis traditionem: ac proinde non spectandum est, quid confessus sit maritus, vel quid scriptum: sed quid actum & traditum fuerit. In contractibus siquidem rei veritas potius, quam scriptura perspicui debet, ut rescripserunt Imp. Valerianus & Callienus. l. 1. Cod. plus valere, quod agitur, quam quod simulatè concipitur. Mysing. cent. 1. observ. 61. Covarruv. lib. 1. resolut. cap. 7. num. 4.

Hancque sententiam non jugulat; quod ex scriptura 91 mariti, seu ex confessione ejus, quæ fit per quietantiam, dos habeatur pro numerata, & numerata satis probetur: cum manifesti juris sit: quod privata scriptura faciat probationem contra scribentem, ejusdemque heredibus præjudicet. l. scripturas. 11. Cod. qui potior, in pign. habeantur. Etenim licet aliàs privata scriptura, causam obligationis continens, contra debitorem, ejusdemque heredes probet: excipitur tamen causa dotis. Quia sæpe contingit, ut generi dent soceris suis cautiones vel quietantias de dote soluta seu numerata, quasi eam acceperint, habentes fidem soceris, quam tamen non acceperunt. Tunc isti generi, non obstante tali scripturâ, quæ sunt confessi, se accepisse dotes, possunt ad dotem agere: & si excipiantur à socero de solutione, & ad hoc proferatur quietantia; potest replicare gener de non solutâ, vel non numeratâ dote. Et ideo tenetur socer, non obstante illa scripturâ, probare; dotem esse realiter numeratam. Quam tamen exceptionem sive replicationem habent generi ad certum tempus nimirum intra annum, vel etiam tres menses, prout diu duraverit matrimonium. l. in dotib. 3. & Auth. seq. Cod. de dote cauta non numerata. Hinc igitur patet; speciale hoc esse in scriptura, qua quispiam dotem se accepisse confessus est; quod contra scribentem & confitentem non probet. Ita, post Synchron. in d. l. script. 11. n. 3. C. qui pot. in pign. hab. tradit Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7. q. 52. p. 608.

Similiter nostræ non adversatur sententiæ: quod si 92 privilegia dotis locum non haberent in dote confessata; hodie parùm admodum operarentur; cum sæpe numero dotes dentur, non adhibitis multis testibus: ita ut non semper possit probari talis numeratio: sed plerumque ad hoc fiant instrumenta, quibus maritus confiteatur, se accepisse dotem. Si ergo dos confessionata non habet privilegia dotis: paucae sanè dotes amplius privilegiatæ inveniuntur; hæcque favores atque privilegia dotium

- dotium angustissimisterminis concluduntur: cum tamen ea ampliari potius, quam restringi oporteat. *c.odia. 15. de regul.jur.in 6.l.in ambiguis. 70. ff. de jur. dot. & l.in ambiguis 85. ff. de reg. jur.* Non, inquam, illud adversatur. Quandoquidem experientia ipsa satis superque comprobatum reddit, quod hodie numeratio dotis ut plurimum, testibus presentibus, fieri soleat. Præterea verum quidem est, quod privilegia, præsertim dotalia, utpote in summo gradu favorabilia, potius sint amplianda, quam restringenda: sed hoc in dubio solum procedit. Ast in proposito claram & expressam habemus definitionem: quod nempe ita demum privilegia dotis locum habere debeant, si dos re ipsa fuerit numerata: id quod de confessionata, utique asseri haud potest, prout ex prædictis apparet. Denique ita demum extendenda sunt privilegia, si eorum extensionem constitutiones, & leges; quibus deferuntur, admittant: alioqui non oportet nos esse clementiores lege, arg. *l. perspicuum 11. ff. de pænis.* Nec profecto dici poterit: stante sententiâ nostra, privilegia dotalia à nobis coarctari: cum ipsa lex ea ad verè numeratam dotem perspicue restringat. *Hunn. d. quest. 52. vers. idcirco nullo tempore. & c. pag. 909.* Cæterum istam quæstionem amplissimè, licet satis confusè, prosequuntur *Baldus Novell. in tractat. de dote. part. 10. privil. 1. num. 4. cum seqq. Angel. Aretin. in §. fuerat. num. 13. & seqq. infr. de actionib. Negusant. d. tract. de pignorib. & hypothec. 4. membr. secunda part. princ. num. 76. alique per hunc allegati.* De eadem quæstione videantur quoque *Bachovius in tract. de pign. & hypoth. lib. 4. c. 13. num. 1. pag. 334. Bauther. de jure prælat. c. 35. Gail. lib. 2. obs. 81. ibique Grævæus Rauchbar. lib. 2. quest. 30. hosque referens Dn. Collega Besoldus in deliberatis jur. ex lib. 23. ff. quest. 9. pag. 83. cum seq. & Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 7. pag. 180.*
- Septima quæstio est: num hoc tacitæ hypothecæ privilegium, quod uxori, modò non sit hæretica (quia huic & hoc, & alia dotis privilegia meritò denegantur. *Novell. 109. & Auth. item privilegium. C. de hæretic.*) competere diximus, sponsæ quoque in bonis sponsi competat; Et inter sponsam per verba de præsentibus, & sponsam per verba de futuro, rectè distinguitur: ut videlicet illi, non item huic, privilegium istud accommodetur: propterea quod illa pro uxore habeatur; hæc verò non sit loco uxoris. Sed vide *Bartolum & alios ad l. 2. (in Gothofredi corpore est l. questum. 17. ff. de rebus auctorit. jud. possid.) §. si sponsa. 1. ff. de privileg. creditor. & Negusant. prædicto membr. 4. secunda part. princ. num. 71. & seq.* Nec refragatur huic assertioni, quod ante matrimonium dos non intelligatur. *l. fin. C. de donationibus ante nupt.* Nam illud quidem non negamus: sed hîc matrimonium intervenisse dicimus: cum sponsalia de præsentibus à vero matrimonio non differant, argument. *l. nuptias. 30. ibique Decius. ff. de regul. jur. l. penult. in fine princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. & pluribus demonstratum ad rubric. tit. supr. de nupt. num. 5. & seq.* Deinde observandum: quod licet ante matrimonium propria & vera dos non censeatur: tamen dos putativa reputetur, in qua privilegium tacitæ hypothecæ locum obtinere, post alios docent *Sichardus ad d. l. assiduis. 12. num. 23. C. qui potior. in pign. habeant. & Hunnius d. resolut. ad Treutler. volum. poster. Disputat. 24. thes. 7. quest. 50. & 51. pag. 604. cum seqq. ubi fusius eâ de re Disputat. ibique videatur quoque Bachovius pag. 616. vers. etiam in sponsa, & c. & in d. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 13. num. 4. pag. 336.*
- Octava quæstio est: an jus hoc tacitæ hypothecæ heredi uxoris concedi debeat? Et debere, non ineptè statuitur: quoniam illud jus potius rei, id est, conservandæ doti sive actioni dotis, quàm personæ mulieris datur. *l. unic. §. & ut plenius. 1. ibi, ita & in hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam. Cod. de rei uxor. act. Bartol. in l. 27. ff. solut. matrimon. Bald. Novell. d. tract. de dot. part. 12. num. 6.*
- Alioqui notum est, privilegia personalia ad heredes non transire, *l. privilegia. 196. ff. de regulis. jur.* Et isthæc quoque ratio est, cur hoc taciti pignoris jus non modò in heredem, de quo jam dictum; sed etiam in cessionarium, & coeid est, in eum, cui dotis actio cessâ fuerit, transeat. Est enim pervulgare Interpretum pronunciatum: quicquid

est transmissibile ad heredem, etiam cessibile est; sive regulariter cedi potest, & in cessionarium transit. *l. ex pluribus. 42. ubi Dynus, Bartol. & alii. ff. de administrat. & peric. tutor. Bald. in rubr. C. de novo Cod. compon. in fin. & in l. 1. C. de privileg. dot. Tiraguell. in tract. de retrah. lignag. §. 26. glos. 1. num. 47.* Est quippe hoc pignustacitum sequela, & velut pedissequa actionis de dote; ac proinde eam comitatur, in eumque transit, in quem actio, ut in heredem, & in cessionarium ipsius mulieris, argum. *l. emptori. 6. & l. venditor. actionis. 23. ff. de heredit. vel act. vendit. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr. 2. p. princ. num. 30. & seqq. Vide tamen Hunnium d. resolut. ad Treutler. vol. poster. disput. 24. th. 7. quest. 49. pag. 600. & seq.*

Nona quæstio est: an & jus tacitæ hypothecæ competit patri uxoris, vel alii, qui dotem ipsam dederit? Et de patre plerique Interpretes ita distinguunt: ut, si suo nomine agat ad dotem, ei non competat; si nomine filia agat, tum competat. Itaque alteri, id est, fratri aut extraneo dotem danti jus istud competere, iidem negant: & rectè negant. Licet enim jus hoc datum dicatur actioni dotis. *d. l. unic. §. 1. Codic. de rei uxor. act.* actio autem ad repetendam dotem detur non solum uxori, aut patri interdum, tanquam legitimo administratori; verum etiam extraneo, qui dotem sibi reddi, soluto matrimonio, stipulatus fuerit: non tamen ipsa dotis actio huic extraneo competit; sed actio ex stipulatu, cui hoc privilegium non est datum. Hæc siquidem ex stipulatu actio respectu mulieris duntaxat, non item ratione extranei, bonæ fidei censetur, ut fusius expositum est in §. fuerat. 29. num. 4. & seq. infr. de actionibus, illaque de re videantur *Bartolus, Angelus, Imola & Alexander. in l. post dotem. 40. ff. solut. matrimon. hosque citans Negusantius d. membr. 4. secunda partis princ. num. 34. & 35.*

Decima & ultima quæstio est: utrùm patris quoque bona, pro dote filio suo, quem in potestate habet, data, tacite obligata intelligantur? Et intelligi obligat, an non insulse aliquis dixerit. Dotem namque filiofamilias datam, ut & onera, patri per filium quæri, certum est, argument. *l. 1. in pr. ff. si à parent. quis manumiss. sit. l. placet. 79. ff. de acq. vel omitt. her. l. 2. Cod. de patr. potest. & tot. tit. supr. per quas pers. cuique acquirit.* Dos quippe ibi esse debet, ubi onera matrimonii sunt, auctore Paulo in *l. si is, qui Stichum. 56. §. 1. ff. de jure dot.* Pater etenim filiumfamilias, quantumvis maritum, alit; & matrimonii non modò sui, sed etiam filii sui onera sustinet, jure nostro civili; quo turpe videtur, filiumfamilias licet maritum seorsim habitare, & separatam à patre familiam instituere. Mortuo autem patre onera matrimonii, & per consequens dotis etiam emolumenta ad filium recidunt. *dict. l. si is, qui. 56. §. 1. ff. dict. tit. l. si filia. 20. §. hoc amplius. 2. ff. fam. l. erciscund.* Cæterum moribus non modò Germaniæ nostræ, sed omnis ferè Europæ aliud jus est receptum; nempe ut ipsum filiumfamilias maritum statim & onera matrimonii, & uxor, & liberi, & propterea dotis quoque commoda sequantur. Ideoque probabilius arbitror, moribus & consuetudine totius Europæ bona patris pro dote filio data haudquaquam obligari: cum iniquum sit, patrem nomine dotis, ex quâ nihil emolumenti percipit, onerari, argument. *l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.* Et tantum de causa dotis.

Præterea contemplatione rei, in causa legatorum & fideicommissorum Imp. Justinianus legatariis & fideicommissariis, in bonis testatoris tacitam hypothecam & pignoris persecutionem concessit. *l. 1. Cod. communia de legat. §. sed olim. 2. suprâ de legatis. adjuvanda scilicet ultimæ voluntatis gratiâ, ut omnibus modis ei satisfaceret. dict. l. 1. versic. si enim testator, & c. Codic. commun. de legat. Donell. in tract. de pignoribus cap. 5. pag. mibi 111. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 128. Treutler. Disput. 1. thes. 4. lit. L. volum. 2.* Quæri solet de donatione causâ mortis: an & ea nomine legati hîc contineatur? Et quamvis illa alias legatis comparetur. *§. 1. supr. de donationibus l. 2. ibi, ad exemplum legatorum. ff. de Public. in rem act. l. Marcel. 15. in fin. l. et si debitor. 17. ad fin. & l. illud. 37. in princip. ff. de mortis caus. donationib.* tamen in hoc quoque inter

- cetera differt, quod tacita hypotheca inducta pro legato, non censetur inducta pro donatione causa mortis, hac ratione: quod in dict. l. 1. Cod. commun. de legat. qua lege pignus hoc tacitum ob rem legatam inductum est, nulla donationis causa mortis mentio reperitur. *Angelus Aretio in princip. Institut. de donationibus Alexander & alii in l. 2. ff. de legat. 1. hosque laudans Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 162.* Accedit & hac ratio: quod pro donatione causa mortis pignus esset inutile. Cur ita? quia donatio causa mortis ita fit, ut res statim donatario detur, l. 2. §. 1. inter mortis. 38. ff. de mort. caus. donationibus. At res legata non statim, sed demum post mortem, & aditam hereditatem, 108 legatario ab herede praestatur. §. 1. supr. de legatis. Porro in hoc tacito legatorum pignore primum id observandum: quod heredis bona, sicuti testatoris, pro legato tacite obligata reputentur. arg. d. l. 1. vers. cum enim non aliter. ibi, in rebus, quas a testatore consecutus est. C. communia de legat. ibique circa finem Bartolus. Et dicit Angelus ab Aretio in §. 1. supr. de legat. num. 5. quod in teneris suis annis, dum esset Doctor novellus, & vellet praticare contrarium, succubuerit. Ubi tamen advertendum monet; quod si post sex menses a die mortis defuncti & aditam hereditatis, heres legatum non solverit: tunc ad instantiam legatarii immissio in bonis heredis pro legato fieri possit: & per talem immisionem pignus praetorium constituatur. l. cerna 6. Codic. ut in possessionem legator. vel fideicommissor. servandor. caus. mittatur. ibique Baldus & Salicetus.
- 109 Deinde notandum: quod pignus hoc tacitum non in bonis, jam a testatore aliis personis legatis, sed in reliquis duntaxat rebus locum habeat. Verbi gratia: testator mihi domum; tibi fundum legat. Pro meo legato domus, non est obligatus fundus, tibi legatus, quamvis a testatore veniens; sed cetera tantum defuncti bona, nemini legata, argumento l. si fideicommissorum. 11 ff. ut in possess. legat. &c. Ratio autem, cur pignus istud tacitum in bonis, a defuncto aliis legatis non obtineat, hac assignari potest: quia bona a se legata testator omnia his, quibus ea legavit, vult praestari; & omnium horum nomine legatorum, ut certius praestentur, Justinianus pignus hoc tacitum induxit. Planè si testator, quod uni legavit, idem quoque alteri per fideicommissum relinquat, sive si a legatario relinquat alicui fideicommissum: jam ipsa quoque res legata, pro hoc fideicommissio obligata erit: eo quod hoc casu res legata jam semel legatarii esse coeperit. d. l. 1. vers. & hac disposuimus. C. commun. de legat.
- 110 Disceptant Interpretes: an testator tacitam istam hypothecam, pro legatis introductam, testamento remittere aut prohibere possit? Et posse, ait Accursius ad l. 2. ff. ut possess. legatorum, &c. Bartolus ibidem, Baldus & Salicetus. Idem Bartol. & Alexand. in l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Et hanc opinionem magis communiter Doctores sequi, testatur Negusantius d. tractat. de pignoribus & hypoth. 4. membr. secunda part. princip. num. 161. Verum contraria Cyni in d. l. 2. ff. ut in possess. legator. &c. sententia mihi magis probatur, hac ratione: quia tacitum hoc pignus lege & constitutione Justiniani Imperatoris inductum, concessum est legatis. d. l. 1. C. communia
- 111 de legat. Atqui contra legem testator nihil quidquam
- 112 ordinare potest. d. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. Insuper in hoc tacito legatorum pignore & illud, ut singulare, observandum venit: quod inter heredes dividatur. d. l. 1. in fine. C. commun. de legat. Nam alioqui jus pignoris individuum esse, patescit ex l. rem hereditariam. 65. ff. de evictionibus l. 1. & 2. C. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris, &c. Ratio autem huius juris singularis hac redditur: quia hoc pignus non tam est hereditarium, quam rebus jam divisus inter heredes primum impositum, atque ita cum ipsa rerum hereditariarum divisione constitutum censetur: & proinde non tenetur heres, nisi pro re, quam ex divisione accepit. Dn. Obrecht. Disputat. 15. thes. 130. & seq. Vide eadem de re Negusantium d. membr. 4. secunda part. princip. num. 160.
- 113 Denique respectu rei, Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus tacitum insulae creditori datum est, qui pecuniam ob restitutionem aedificii ex-

truendi mutuam dedit. l. 1. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auctorit. judic. possidend. Mynsinger. cent. 1. observat. 60. & respons. 15. num. 4. & §. decad. 2. Ratio huius Senatusconsulti non obscura est: quia domorum sive aedificiorum restitutio ad decus & ornamentum Reipubl. pertinet: cuius interest, urbem ruinis non deformari. l. 2. §. si quis nemine. 17. & l. ult. ff. ne quid in loc. public. l. prator. ait. 20. §. hoc interdictionum. 10. ff. de operis nov. nunciat. l. praeses. 7. ff. de offic. praesid. l. 1. ff. de tigno juncto. l. 2. C. de aedific. privat. l. praescriptio. 6. Cod. de operib. public. Hocque taciti pignoris jus porrigitur etiam ad eum, qui redemptori operis, (hoc est, ei qui aedificandam domum conduxit. Nam hi proprie redemptores, & ἐργολάοι operum susceptores dicuntur. Et ita hoc verbum accipitur in l. redemptores. 39. ff. de rei vindicat. & l. ea lege. §. 1. §. 1. ff. locati conduct. domino mandante nummos subministravit. d. l. 1. in fin. ibique Ioan. Mercer. num. 5. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrahit. d. l. si ventri. 24. §. 1. ff. de reb. auctorit. jud. possid. Quoniam paria sunt: domino ad aedificii restitutionem mutuam pecuniam dare, vel alii ejus jussu, in eam causam; per pr. tit. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. solutum. 11. §. solutam. 5. ff. de pignorat. act. Donell. in tract. de pignoribus cap. 5. pag. mihi. 111. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 134. Porro nimis superstitiosi sunt illi, qui id, quod de restitutione aedificii dictum est, negant habere locum in ejusdem refectione: cum tamen verbum (restituendi) ambiguum sit, & sub eo resectio quoque rectè comprehendatur. Neque sanè ratio ulla diversitatis dari potest: quin potior videtur esse is, qui efficit, ne aedes ruiturae procumbant, quam qui curat, ut jam collapsae restituantur: quemadmodum contra Cuiacium & Hunnium, bene sentit Bachovius in tract. de actionibus, Disputat. 3. ad thes. 34. pag. 103. & in tractat. de pignoribus & hypoth. lib. 1. cap. 12. pag. 51. & seqq. Adde Davidem Döringium in bibliotheca jurisconsultorum, tom. 1. verb. aedes. num. 583. fol. 901. & sequente.

Sed frequens est & dubia inter Doctores quaestio: an sic uti is, qui nominatim ad domus restitutionem seu refectionem pecuniam credidit, tacita hypotheca privilegium habeat, iuribus superius allegatis: ita etiam illi, qui in navem, aliamve rem extruendam vel emendam nummos mutuo dedit, tacitum pignus constituatur? Et constitui, Interpretes veteres plerique affirmant, Accursius & Bartolus, horumque affecta in l. interdum. 5. ff. qui potior. in pignor. & hypothec. habeant. Negusant. d. membr. 4. secunda part. princip. num. 162. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. c. 7. num. 2. Vanderanus in tractat. de privileg. creditor. c. 8. alique relati ab Hackelmanno illustrium quaestion. Disput. 12. thes. 6. ad lit. f. in fine. Quibus assentiri quoque videntur Balduinus in Commentar. de pignoribus. & hypothec. cap. 7. Meyrerus in tractat. de pignorib. & hypothec. lib. 2. tit. 20. Arnumus Disp. 14. ad leges praecip. ff. th. 7. pag. 209. & Vultejus lib. 1. Jurisprud. Roman. cap. 34. num. 19. At quicquid illi dicant: negantium sententia mihi verior videtur, per textum in l. quamvis. 17. C. de pignorib. & hypothec. ubi ita rescriptum est: *Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparaverit pradium: tamen nisi specialiter vel generaliter hoc obligaverit, tua pecunia numeratio in causam pignoris non deduxit.* Hucque valde confert, quod tacitum pignus speciali Senatusconsulto nominatim concessum est ei, qui in domus restitutionem nummos credidit. d. l. 1. ff. in quibus caus. pignus vel hypothec. tacit. contrahit. Nulla autem speciali portione juris idem jus tributum est ceteris, qui vel in navem instruendam, vel aliam rem comparandam, nummos crediderunt. Non ergo idem de hisce creditoribus statuendum est: quippe cum privilegium taciti pignoris non nisi legibus nominatim constituatur. d. l. 1. & tot. tit. ff. & Cod. in quibus caus. pign. & hypothec. &c. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipsa lege induci. Codic. commun. de legat. l. unic. §. 1. Cod. de rei uxor. act. l. cum oportet. 6. §. ultim. Codic. de bonis, qua liberis. &c. Adhuc diversa est ratio crediti ad restitutionem & refectionem aedificii, a credito ad refectionem sive comparisonem alterius rei. Illic enim publica quaedam versatur utilitas: ut aedificia integra sint,

sint, & bene composita, quibus publicus civitatis aspectus ornatur. d.l.2. Cod. de edific. privat. & similib. supra adductis. Ast hæc ratio navi aliisque rebus minimè convenit.

118 Nec obstat d.l. interdum. §. cum l. seq. ff. qui potior in pignore, vel hypothec. habeant. ubi Ulpianus ait: eum, qui in navem, vel aliam rem conservandam credidit pecuniam, cæteris creditoribus, quibus eadem res prius obligata erat, esse in eâ nave sive re potior: cum ejus pecunia salvam fecerit totius pignoris causam. Nam non necessario concluditur: creditor, qui credidit in rem conservandam, sicque pecuniâ suâ salvam fecit pignoris causam, est potior: ergo habet pignus tacitum: quia potest habere expressum pignus. Siquidem & is, cujus pecuniâ res est emptâ, potior censetur. Novell. 97. cap. 3. & tamen non habet tacitum pignus, sed expressum, hoc est, si ita specialiter convenerit, d.l. quamvis. 17. C. de pignorib. & hypothec. l. licet. 7. Codic. qui potior in pign. habeant. Atque ita sentiunt Donnellus d. tract. de pignorib. cap. 5. circa finem. Connanus lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 17. num. 12. cum seqq. Hottoman. in Commentar. ad titul. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. hosq. citans Dn. Collega Bocerus class. 2. Disputat. 12. thes. 64. litera. b. edit. 2. Quibus adjiciantur Robertus lib. 3. animadversion. jur. civil. cap. 14. pag. mihi 320. Hartman. Pistoris lib. 3. quest. 15. Matth. Stephani cent. 3. q. 33. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 136. & seqq. Hackelman. d. Disputat. 12. thes. 6. ad lit. f. Mercerius in d.l. 1. num. 14. & seqq. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Trentler. Disput. 20. thes. ultim. volum. 1. & Disput. 1. thes. 4. lit. e. volum. 2. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tract. 3. part. 5. quest. 6. pag. 967. & seq. Bachovius in not. & animadvers. ad Trentler. volum. 2. disput. 24. th. ult. lit. D. pag. 622. & seqq. itemque D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 20. ff. quest. 3. pag. 42. & in delibatis ex lib. 41. ff. quest. 17. pag. 159. Eadem de re vide latè differentem Antonium Merendam lib. 5. controvers. jur. cap. 43. p. 384. & seq. Atque hæc de necessario legitimo pignore, quod rei contemplatione inducitur, dicta sufficiant.

119 Pignus prætorium est, quod magistratûs auctoritate constituitur. l. 1. §. 2. C. de prætorio pignore, &c. Idque fit vel in judicio, vel extra judicium: atq; inde prætorium pignus duplex perhibetur, nempe pignus prætorium specialiter ita dictum, & pignus judiciale. Vultej. lib. 1. Jurispr. Roman. c. 34. n. 26. Negus. in tr. de pign. & hyp. membr. 2. §. 3. tertia part. n. 1. §. 2. D. Bocer. d. cl. 2. Disp. 12. th. 59. Meyr. in tract. de pignor. & hypothec. l. 1. num. 3. & l. 2. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. c. 2. de divisione pignor. num. 4. & 24. Trentler. Disput. 1. thes. 3. lit. b. & c. volum. 2. Bachov. in d. tr. de pignor. & hypoth. lib. 1. c. 3. num. 4. Menoch. remed. 3. retin. poss. num. 230. & remed. 12. recuperand.

120 poss. num. 17. & seq. Prætorium speciale pignus, per missionem in possessionem, vel quasi possessionem bonorum debitoris, ob non factam satisfactionem, aut contumaciam illius, constituitur. l. non est mirum. 26. ff. de pignorat. actionib. l. 3. vers. sed & in possessionem. ff. de reb. eor. qui sub tutel. l. qui legati. 5. C. ut in possess. legator. d. l. 1. §. 2. C. de prætor. pignor. ibique Cuiac. in

121 Paratitl. & lib. 5. observation. c. 30. Judiciale autem censetur, quod in causâ judicati, aut sententiæ judicialis executione, ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, capitur. l. si & jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant. l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus tot. titul. C. si in causâ judicati pignus captum sit. ubi Cuiacius in Paratitl. Vultejus d. cap. 34. num. 29. D. Bocer. d. disputat. 12. thes. 60. & Trentler. d. Disputat. 1. thes. 3. lit. c. volum. 2. Ideoque non probanda videtur opinio Petri Vanderani in tractat. de privileg. credit. cap. 15. num. 7. Balduini in tractat. de pignoribus cap. 8. Donell. eodem tractat. c. 6. Arumai exercit. Iustin. 12. thes. 18. Connani lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 16. num. 10. Heigii hic num. 21. & aliorum. qui pignus prætorium & judiciale confundunt, ac unum prorsus idemque esse contendunt. Ex iis namque, quæ modò allata sunt magna inter prætorium & judiciale pignus differentia deprehenditur in eo: quod hoc constituitur ex causâ judicati: illud vero edicto prætoris. l. si postquam. 3. C. ut in possess. legator. &c. Hinc missus pignus prætorium occupat ex

edicto. l. 2. §. 3. C. qui potior. in pign. hab. de capiendo pignore nihil edicto comprehensum est. Fit enim extra ordinem pignoris capio. l. si pignora. 50. & d. l. si plus. 74. §. 1. ff. de evictionibus Cuiac. d. lib. 5. observation. cap. 30. & lib. 9. observation. cap. 37. Anton. Fab. part. 1. de errorib. pragmatic. decad. 10. error. 10. Cæterum in quibus pignus prætorium & conventionale conveniant, & in quibus differant, libertim explicant Bartol. in l. 1. num. 4. ff. de pignorat. act. Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. membr. 2. tertia part. num. 29. & multis seqq. Cuiac. in Comment. ad lib. 68. Pauli ad edict. pag. 140. & lib. 10. resp. Papin. pag. 456. Mozzius d. tract. de pign. & hypothec. c. 2. num. 7. & seqq. Vide quoque Hunnius. d. lib. 3. tract. 3. part. 5. quest. 2. pag. 957.

Porro rem aliquam pignori vel hypothecæ obligare 123 possunt, quicunque rerum suarum, vel alterius patrimonii liberam administrationem habent. l. solum. 11. §. ult. cum l. seq. & l. si convenerit. 18. §. fin. ff. de pignorat. act. l. qui filios. 6. in fin. C. quæ res pignori oblig. poss. l. 2. l. quæ prædium. 6. & l. ult. Cod. si aliena res pignori data sit. Mozzius in tract. de pignorib. tit. de person. quæ pignori oblig. poss. num. 1. Itaque filius familias & servus, quibus libera peculii administratio concessa est, rem peculiarem, in utilitatem peculii, rectè obligant. d. l. si convenerit. 18. §. ult. & l. seq. ff. de pignorat. act. Hujusque valde probabilis ratio 124 est; quoniam quibus alienare rem licet: multò magis iis obligare & pignori eandem regulariter licebit, l. unic. Codic. rem. alienam gerentibus non interdici rer. suar. administrat. Sed filiis & servis, quibus concessa est libera peculii administratio, id alienare licet. l. si quis 41. §. 1. ff. de rei vindicat. l. si liberam. 10. C. quod cum eo, qui in aliena potest. &c. Ergo & pignori licebit. Cui 125 non adversatur l. 1. §. 1. ff. quæ res pignori vel hypothecæ data, obligari non poss. ubi dicitur, nec filium familias, nec servum, rem peculiarem obligare posse, quamvis liberam ejus administrationem habeant. Nam illic non negatur, filium familias & servum pignori peculium posse, si rem suam agant; sed pro alio pignori posse: quia id permissum non videatur permissa liberâ administratione: cum nec, qui liberam administrationem habent, perdere possint. Atqui pro alio quippiam obligare, quasi dona- 126 re est, Donare autem perdere est, juxta illud Martialis:

Dimidium donare Lino, quàm credere totum,

Qui mavult, mavult perdere dimidium.

Et sic non habet donandi potestatem, qui liberam administrationem habet. l. contra 28. §. si filius. 2. vers. nam cum verum, &c. ff. de pactis. Quod tamen non usquequaque verum est. Proinde rectè in d. l. 1. §. 1. vers. facti tamen &c. ff. quæ res pignori vel hypothecæ data, &c. subjicitur, hanc esse facti potius, quam juris quæstionem: an liberâ administratione concessâ, data sit etiam donandi facultas? Quid enim, si specialiter hoc permissum sit, ut donare possit filius, aut servus? quid, si ea conditio filii, ut verosimile sit, patrem jus donationis concessurum, putâ si sit senator, quæm deceat esse liberalem? Magis utique est, ut pignori possit. l. filius familias. 7. §. item videamus. 2. & §. seq. ff. de donationib. siquidem nec perdere tunc intelligatur: quod idem Martialis alio epigrammate venustè expressit:

Extra fortunam est, quicquid donamus amicis:

Quas dederis, solas semper habebis, opes.

Atque ita eleganter illud explicat Johannes Mercerius in 127 Comm. ad d. l. 1. n. 11. & seqq. ff. quæ res pignori vel hyp. data obligari non poss. Sed & tutor, si lege non refragante, rem pupilli pignori dederit, tuendus est. l. tutor. 16. in pr. ff. de pignorat. act. propterea quod in administratione tutelæ vice domini, hoc est, pupilli habetur. l. tutor. qui. 27. ff. de administr. & peric. tutor. l. interdum. 56. §. qui tutel. ff. de furt. D. Obrecht. disp. 15. thes. 157. Idemque dicendum in curatore adolescentis, vel furiosi, non dubium est. d. l. tut. 16. ff. de pignor. act. l. curat. 3. C. si aliena res pignori data sit. D. Bocer. class. 2. Disput. 12. thes. 10. edit. 2. Donell. in tract. de pignorib. c. 8. in fine. Procurator item res domini sui op- 128 pignori potest, sive ei specialiter hoc mandatum est, ut faceret, sive universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus mutuas accipere pecunias

- solebat. *dict. l. solutum. 11. §. ult. cum l. seq. ff. de pignorat. act.* Cui namque generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est, quasi ei de singulis specialiter mandatum esset: modò ea res sit, quam dominus esset factururus. *l. semper specialia. 147. ff. de regul. jur.* Neque enim generali oratione concedere videtur dominus, quod specialiter non permetteret: nec specialiter id permetteret, quod ipse non faceret, *argument. l. qui peculii. 46. ff. de peculio.*
- 129 Hac ratione & administrator Reipublicæ si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem ejus rectè pignori necit. *l. si is, qui. 11. in princip. ff. de pignorib. & hypothec.* Nam rebus publicis dum præficitur: generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad Reipublicæ & administrationem rerum, ad illam pertinentium, spectant. *Donell. dict. cap. 8. D. Obrecht. dict. Disput. 15. thes. 156.* Enimverò pupillus, & minor 25. annis, absque tutoris sui auctoritate, vel consensu curatoris, rem suam pignori vel hypothecæ dare nequeunt. *l. 1. in princip. ff. quæ res pignori vel hypothecæ data obligari non poss. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. l. 3. C. de in integr. restitut. minor. Bachovius d. tract. de pignorib. & hypothec. lib. 2. cap. 2. num. 4. §. 8.*
- 130 Cæterum acquiritur nobis pignoris & hypothecæ obligatio, non solum per nosmetipsos; sed per eas quoque personas, quæ nostrâ in potestate sunt: veluti, per filios, & servos nostros, *tot. tit. infr. per quas pers. nob. obligat. acquirit.* non etiam per liberas personas; veluti per procuratores nostros. *d. l. solutum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act. l. 1. C. per quas person. nobis acquiratur.* præterquam in casu, quo nostro nomine mutuam pecuniam dantes, pignus vel hypothecam acceperunt. *l. 2. C. eod. tit. Balduin. in Justiniano suo pag. 231. huncque referens D. Bocer. d. class. 2.*
- 131 *Disputat. 12. thes. 14. lit. C. edit. 2.* Unde res procuratori oppignorata, neque procuratori, neque domino oppignorata censetur. Non procuratori: quia sibi pignoris obligationem acquirere noluit: non etiam domino, quia huic procurator pignoris obligationem acquirere non potuit. *d. l. solutum. 11. §. penult. ff. de pignorat. act.* Non itidem pignus rectè datur extraneæ personæ, in quam duntaxat solutio in ipso contractu collata est: proindeque debitor datum pignus, ab ipsa adjunctâ personâ repetere potest. *l. is, qui promisit. 33. ff. de pignoribus & hypoth.* Non etenim adjuncto, sed soli contrahenti debitor est obligatus. *l. ult. §. si ita fuero stipulatus. 3. ff. de verb. obligat. §. si quis alii. 4. vers. planè solutio. infr. de inutilibus stipulationibus. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 175. & sequentibus D. Bocer. d. Disputat. 12. thes. 15.*
- 132 Proximum nunc est videre de rebus, quæ pignori aut hypothecæ dari possunt: cujusmodi sunt hæ omnes, quæ emptionem venditionemque recipiunt. *l. sed & quod. 9. in fin. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. §. eam rem. 2. ff. quæ pign. vel hypothec. data obligari non poss. ibiq. Mercurius num. 14. & seqq. Stuck. part. 1. Exercitat. In-*
- 133 *stin. decad. 10. assert. 9. lit. a.* Quare res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, atque ideo vendi nequeunt, nec pignori dari possunt. *d. l. 1. eam rem. ff. d. tit.* Siquidem per pignorationem pervenitur ad venditionem. Omnis enim pignoris utilitas in hoc solum posita videtur: ut, debito non soluto, illud tandem distrahere liceat. *tot. tit. ff. &*
- 134 *Cod. de distract. pign.* Atqui uno prohibito, omnia putantur prohibita, per quæ ad id, quod prohibitum est, pervenitur: & propterea, quod uno modo per emptionem concessum non est: id alio modo, scilicet per pignorationem, similiter non esse concessum intelligitur: nisi diversa sit ratio, quæ diversum jus exigit, ut in specie *l. in quorum. 24. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Modestinus instar regulæ cujusdam ita respondit: *In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur.* Quam regulam verisimile est subjectam fuisse à Modestino iis, quæ tradiderat de præsidibus provinciarum, qui licet in provincia sua prohibeantur emere: non tamen prohibentur pignori accipere. *l. qui officii. 62. in princip. ff. de contrah. empt.* Cessat quippe ratio in pignore, quæ valet in emptione. Rationem cur præsidibus olim in provinciis sibi destinatis emere non permetteretur, explicat Cicerò *Verrina 6.* Quia, inquit, putarunt legumlatores, ereptionem esse, non emptionem, cum venditori arbi-
- tratu suo vendere non liceret. Hæc ratio in pignore non militat: cum debitor, solvens ritè debitum, pignus quovis tempore liberare possit. *l. item liberatur. 6. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. l. rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. act. l. quamvis. 6. Cod. de distract. pignor. Mercer. ad l. 23. ff. de pignorib. & hypoth. num. 14. & 15.*
- Sanè res sacras, sanctas, religiosas, publicas, litigiosas, liberosque homines, cum neque in commercio, neque in ullius bonis sint, pignorationem non recipere, perspicuum est. *l. 2. Cod. de religios. & sumpt. funer. l. si monumento. 3. l. qui filios 6. C. quæ res pignori obligari possunt. l. privilegia. 17. C. de sacrosanct. Eccles. l. 1. §. fin. & l. ult. ff. quæ res pignori vel hypothec. data oblig. non poss. tot. tit. ff. & C. de litigios. Mozz. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. de reb. quæ pignori dari poss. num. 13. 16. & 19. Bachovius d. lib. 2. de pignorib. & hypoth. c. 12. pag. 138.* Illudque adeo procedit, ut nec sub conditione contractum pignus, putà si res sacra in profanam, aut publica in privatam, aut homo liber in servum mutetur, convalescat: quoniam eâ de re pactio fuit interposita, cujus commercium omnino non erat. *§. 2. infr. de inutil. stipulat. l. inter. 83. §. sacram. ff. de verb. oblig. Donell. in tract. de pignoribus cap. 9. circa princ.* Multo autem minùs liberorum hominum, quibus alieni debiti causâ manus injiciuntur, oppignoratio (quam Græci ἀνδραποψία, vulgò Interpretes repressalias indigitant) in confiniis Germaniæ, Galliæ, Poloniæ, aliisque nonnullis locis maximè usitata, jure defendi potest: cum rationi inconveniens & periniquum sit, alium esse debitorem, alium verò exigi: item, alterum alterius odio prægravari; sive alterum pro altero qualemcunque injuriam sustinere. *Novell. §. 2. cap. 1. vers. non enim habet rationem, & c. l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alienis vicaneor. debit. teneat. l. unic. C. de prohibita sequestrat. pecun. Auth. habita. C. ne filius pro patre, & c. l. nullam. 4. C. de executoribus l. ob causam. 3. C. de obligat. & actionibus, c. unic. de injur. in 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. c. non debet. 22. eod. tit. in 6. Hackelman. Disput. illustr. questio. 12. thes. 9. lit. d. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 7. quest. 6. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 194. & seqq.* Eaque de re consulantur diversimodè sentientes, *Martinus Landens. & Jacobus à Canib. in suis tractatibus de repress. And. Gail. de pignorationibus, observat. 2. Petr. Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 38. cap. 8. num. 6. & seq. Petrus Heigius part. 1. questionum jur. quest. 12. Lorich. in Enchirid. arrest. per tot. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 2. num. 269. usque ad fin. Wolfgangus Gruning. tractat. de pign. & hypothec. tit. 65. Petrus de Vincis lib. 5. ep. 48. Iohan. Ernest. Zorn discurs. 7. conclus. 13. num. 3. pag. 142. & Augustin. Seidenmelzer. apud Arumæum tom. 2. Discurs. 8. pag. 201. cum seqq. Timæus Faber disputat. 3. ad Institut. Imperial. th. 4. Ludovic. Molina de justit. & jur. tr. 2. disputat. 121. Ventura de Valentis libr. 2. parthenii litig. c. 2. n. 30. & seqq. aliique per eum citati. Eandemque rem enodatiùs explicuimus infrà num. 319. & multis. seqq.*
- Servitutes prædiales utrùm pignori dari possint, valde controversum est; Sed quamvis prædiorum rusticorum, non item urbanorum, servitutes pignori dari posse, Doctores plerique astruant, *Bartol. in l. si is, qui. 11. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. Connan. lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 14. Cujacius lib. 15. observat. c. 6. Bachovius d. tr. de pignorib. & hypoth. lib. 2. cap. 7. pag. 117. cum seqq. D. Colleg. Bocer. class. 2. Disputat. 12. th. 18. lit. a. & th. 20. lit. b. edit. 2. pluresque alii: attamen sententia Duareni lib. 2. Disputat. anniversar. c. 13. Donelli d. tract. de pignoribus c. 10. Charondæ lib. 1. verosim. 5. Merceri ad d. l. 1. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. num. ult. horumque Sectatorum existimantium, ne servitutes quidem rusticorum prædiorum pignori dari posse, non magis, quàm urbanorum, veritati juris propior videtur. Quæcunque enim in creditorem transferri nequeunt, frustrà & inutiliter pignori dantur. *l. si fundus. 16. §. creditor. 5. ff. de pignorib. & hypothec. Servitutes autem reales indistinctè omnes sine prædiis, cum iis cohæreant, in creditorem transferri non posse, liquet ex l. 1. §. 1. ff. communia præd. & l. via. 23. §. 8. ff. de servitutibus prædior. rusticor.* Nec obstat textus in *l. sed an via. 12. ff. de pignoribus & hypothec.* ubi Paulus ait, servitutum rusticarum oppignoracionem, propter utilitatem con-*

contrahentium, admittendam esse. Nam illic Paulus non hoc in questionem vocat, an servitutes rusticæ pignori dari queant, ut ita eas ab urbanis separet: sed illud, an dominus in suo servitute de novo constituere possit creditori pignoris loco, ut eâ creditor utatur, quamdiu pecunia soluta non sit? Id verò dominum facere posse, Paulus respondit; non ut jure ipso valeat servitus; quia ipso jure ad tempus constitui non potest. *l. servit. 4. ff. de servitutib.* sed propter utilitatem contrahentium. Atque de domino fundi Jurisconsultum loqui, qui temporis causâ in suo servitute imponat, arguunt illa verba, quibus conventio iniri posse asserit, ut hisce servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, & si intra diem certum pecunia non sit soluta, vendere eas vicino liceat. Hæc namque pactio de servitute, quæ nobis in alieno debetur, recipi nequit. Semper enim dominus fundi servientis rectè negabit; se creditori, aut ei, cui creditor vendiderit, servitute debere: nec quisquam, cui servitus debetur, servientis fundi causam deteriore facere potest. *l. servitutes. 20. §. stillicidium. 5. vers. §. omnino sciendum. ff. de servitutibus prædior. urbanor.* latius

143 *Donell. d. cap. 10.* Et eandem questionem explicavi copiosius in *§. ultim. sup. de servitutibus prædior. num. 21. & aliquot seqq.* Cæterum servitutes personales quod attinet: usumfructum, cum & vendi possit, pignori dari posse ab ipso usufructuario, non dubitatur. *dict. l. si is, qui. 11. §. ususfructus. 2. ibique Mercerius num. 7. l. §. qua nondum. 15. in princ. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. vers. sed si vos usumfructum. C. si pignus pignori dat. sit. Pacius cent. 5. inavtioçavio. quest. 25. Trentler. Disputat. 16. thes. 10. lit. b. volum. 1. & disputat. 1. thes. 3. lit. f. volum. 2. Bachovius d. lib. 2. de pignoribus & hypoth. c. 6. pagin. 113.* Aliud in usu est receptum. Etenim cum is personæ planè cohæreat, & nec vendi, nec cedi queat: meritò nec pignori obligari aut dari poterit. *§. 1. sup. de usu & habitat. l. sed neque. 8. ff. de usu & habitat. l. item quamvis. 10. §. 1. ff. commun. dividund.*

145 Præterea rem penitus alienam pignori dari non posse, liquidum est. *l. 2. ff. de pignoratit. act. l. 1. l. 2. l. qua prædium. 6. & l. si in rem. 7. C. si aliena res pignori data sit.* Cum enim ea non sit in bonis oppignorantis, ab eo alteri jus aliquod in illa constitui nequit. *l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. iur. l. qui filios. 6. Cod. qua res pignori obligari poss. & c. Accurs. & Dd. ad l. aliena res. 20. ff. de pignorat. act. item ad l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt. & ad l. sed & quod ad eas. 9. in fin. ff. de pignorib. & hypothec. Mozz. in tract. de pignoribus & hypothec. tit. de reb. qua pignori dari poss. n. 2. Negusant. in tractat. de pignoribus & hypothec. membr. 3. secunda part. num. 52. Balduin. eodem tract. c. 12. in princ. Donell. de pign. c. 9. Schneidevv. in hoc §. nostro. n. 14. Bachov. d. lib. 2. de pignoribus & hypoth. cap. 3. pag. 97. cum seq. Knipschildt exercitat. Acad. 5. quest. 5. pag. 175. cum seq. & alii communiter.* Verum isthanc certissimam juris definitionem duobus potissimum argumentis convellere ac infringere conatur Petrus Faber *lib. 2. semestrium. c. 17.* Primum desumit ex *d. l. sed & quod 9. in fin. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi Cajus ostendit: eam rem posse

146 pignori dari, quæ potest vendi. Atqui rem alienam vendi posse, constat ex *d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt.* Sed respondetur: illam Caji sententiam generalem non ita generaliter accipiendam, quasi eadem planè sit ratio emptionis, quæ pignoris: sed plerumque verum esse; ut, quæ res vendi potest, eadem & pignori possit, ut quæ commercio non exempta est. Nam alioquin non per omnia similis est hypotheca emptioni, sicuti videre est in præallegatâ *l. in quorum. 24. ff. de pignoribus & hypoth.* ubi qui emere prohibetur, non tamen pignus accipere prohibetur. Ratio autem differentie inter emptionem & pignus, id est, cur res aliena vendi possit, pignori non possit, hæc assignatur: Tum quia propter libertatem commerciorum, & frequentissimum emptionis usum, necesse fuit permittere rei alienæ emptionem, *argument. l. iusto errore. 44. in princip. ff. de us. rpat. & usucapionibus.* Pignoris verò usus non est ita necessarius, & ex perfidia potius hominum inductus. Pignus quippe constitui solet propter contractus fidem, ac restituendæ rei vin-

culum. *l. legata. 9. in fine ff. de suppellectile legat. cum plus cautionis in re esse credatur, quam in persona. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. iur.* Tum quia in emptione-venditione obligatur solum persona pro evictione, & ad quandam (uti vocant) alinam possessionem tradendam: at in pignore res ipsa obligatur. *gloss. in d. l. rem alienam. 28. ff. de contrahend. empt. Mozz. loco supra notato. Negusant. d. memb. 3. part. 2. num. 58.* Jam verò potest quis personam suam, ut venditor, obligare: sed rem alienam, in quam jus non habet, obligare, quod fit pignorando, nemo potest, *arg. d. l. nemo plus juris. 54. ff. de regul. iur.*

Alterum Petri Fabri argumentum est hujusmodi: Quia, inquit, re alienâ pignori data, nascitur utrinque obligatio & actio pignoratitia. *l. si rem alienam. 9. §. penult. ff. de pignoratit. act.* adeò, ut si fur aut prædo rem alienam Titio pro decem aureis mutuò acceptis obligaverit, eosque postea Titio solverit, habeat contra Titium actionem pignoratitiam ad rem recipiendam. *l. si pignore. 22. §. si prædo. 2. ff. d. tit.* Datur, inquam, debitori, soluta pecuniâ, actio pignoratitia contra creditorem, etiam ei, qui rem alienam pignori dederit, *legibus modò allegatis:* & contra, datur creditori, etiam ei, cui res aliena pignori data fuit, actio pignoratitia contraria. *l. tutor. 16. §. 1. & l. cum debitore. 32. ff. de pignoratit. action.* Ergo inde sequi videtur, quod rei alienæ pignus subsistat. Respondendum: illud non rectè inde sequi aut concludi. Est etenim argumentum ab obligatione & actione personali, ad jus & actionem in rem: quod argumentum non procedere, ex prædictis colligitur. Quod autem competat actio pignoratitia in personam ex pignore licet rei alienæ, sive nullo, hoc est, quod existat effectus aliquis & actio ex contractu nullo; id non omnino novum est, aut infrequens in jure. Si quidem & ex emptione, quantumvis nullâ, interdum datur actio; non quidem, ut contractus confirmetur, sed ut quod interest præstetur. *argument. l. si in emptione. 34. §. item si & emptor. 3. ff. de contrahend. empt. Giphian. ad d. l. 2. C. si aliena res. pign. data sit.* Quare firma manet conclusio: eum qui non est dominus, aut rem non habet in bonis, pignori eam dare & obligare non posse. *dict. l. 1. 2. 6. & tot. tit. Cod. si aliena res pignori data sit. cum juribus concordantibus, supra num. 145. adductis.* Quin & is qui rem alienam pignori dedit, licet quoad hypothecariam actionem nihil agat: pignoratitiâ tamen actione contraria tenetur, & insuper etiam stellionatus crimen committit. *d. l. tutor. 16. §. 1. d. l. cum debitore. 32. & l. si quis in pignore. 36. §. 1. ff. de pignorat. act.*

Enim verò notabiles aliquot excipiuntur casus, quibus pignus rei alienæ valet, aut convalescit, aut confirmatur.

I. Si voluntate domini res aliena obligetur. *l. aliena. 20. in princ. ff. d. tit.* Hujusque evidens est ratio: tum quia volenti non fit injuria, *l. 1. §. usque adeò. ff. de injur.* tum quia dominus ipse hoc casu rem obligare videtur, *arg. l. restituta. 37. circa princip. ff. ad senatusconsult. Treballian.*

II. Si dominus ratum habeat. *d. l. aliena. 20. ff. de pignoratit. act.* Quo casu pignus convalescit sive confirmatur: adeò, ut firmum censeatur non à tempore rati habitionis, sed anteriore, putà pignorationis sive contractus. Recurrit quippe rati habitio ad illud tempus, quo convenit, ut eleganter loquitur Marcianus in *l. si fundus. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth.* & rati habitio mandato comparatur. *l. 1. §. sed & si. 14. ff. de vi, & de vi armat. l. semper qui. 60. ff. de reg. iur.* Atque isthæ fictio ideo admittitur: ne obstaret pignoris obligationi juris regula, quâ dicitur: quod ab initio non valuit, & vitiosum est, ex post facto sive tractu temporis convalescere non posse. *l. quod initio. 29. & l. pen. ff. eod. tit.* Sic enim fingimus: ab initio, cum pignus obligatum est, domini voluntatem intercessisse, ut nunquam non obligatio constiterit. Sic sustinetur judicium, cum falso procuratore susceptum, quod postea dominus ratum habuit. *l. Iulianus. 11. ff. qui satisfacere cogantur. l. licet. 56. ff. de judic.* Sic quoque valet mutuum, à filio familias contractum, quod pater post habuit ratum. *l. ultim. C. ad senatusconsult. Macedonian. Ioan. Mercer. ad dict. leg. si fundus. 16. num. 12. cum seqq. ff. de pignorib. & hypoth.*

III. Si dominus sciens dissimulet & permittat, rem suam obligari in fraudem creditoris. *d. l. 2.*

155 C. si aliena res pignori data sit. Cujus ratio est: quia propter fraudulentam dissimulationem consensisse fingitur: quæ calliditas, cum alieno detrimento conjuncta, impunita esse non debet, *argument. l. si sine voluntate. §. C. ad senatuscons. Vellejan.* IV. Si res aliena detur pignori sub hac conditione, si dantis facta fuerit. *d. l. si fundus. 16. §. aliena res. 7. ff. de pignor. & hypoth. l. idemque 7. §. 1. ff. qui potiores in pign. vel hypoth. hab.* Et ratio est: quia hac specie, id est, propter conditionem, obligatio rei in casum domini differtur. Sic & contra, rei propriæ cum neque pignus, neque emptio aut stipulatio valeat. *l. neque pignus. 4. ff. de reg. jur.* tamen sub hac conditione valet, si res defuerit esse propria sive nostra. *l. exist. mo. 61. ff. de contrah. empt. l. si rem meam. 3. 1. §. l. exist. mo. 98. ff. de verb. obligat.* V. Si res mihi sit debita, ut in *l. 1. in princip. ibi, si non fuit ei, qui pignus dabit, debita. ff. de pignoribus & hypothec. l. creditor. 3. §. 1. ff. qui potior in pign. vel hypothec. hab. l. filiam. 56. ff. ad senatuscons. Trebell.* Verbi gratiâ: si res mihi fuit donata, & nondum tradita, eam obligare ego possum licet nondum dominus: quia mihi debetur. *l. ul. §. 1. ff. de donationibus.* Sic fideicommissarius, etsi re nondum repetitâ non sit dominus, potest nihilominus rem obligare: & re postea repetitâ pignus confirmatur. *d. l. filiam. 56. ff. ad senatuscons. Trebell.* Ratio hujus quinti casus est perspicua; tum quia nostrum esse videtur, cujus nomine actionem ad id petendum habemus. *l. bonorum. 49. ff. de verb. significat. l. is, qui actionem. 15. ff. de regul. juris.* Tum quia is, qui rem sibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit, cum ipsi data fuerit: ideo, quod sibi brevi acquiritum iri sperat. *Donell. d. tract. de pignoribus cap. 9. pag. 127.* VI. & ultimus casus est: si debitor, qui rem alienam obligavit, postmodum ejus rei dominus fiat; veluti si heres à domino rei scribatur. *l. rem alienam. 41. in princ. ff. de pignoratit. act.* Hoc sanè casu pignus ab initio non valet directo strictoq; jure; quia est rei alienæ: ex postfacto tamen, idque ex bono & æquo, convalescit. *l. cum res. §. C. si aliena res pignori data sit.* Hujusque non una ratio est: tum quia verè debitor rem illam pignoravit, & ejus jam est dominus; adeoque contra factum proprium venire non debet. *l. post mortem. 23. ff. de adoptionibus.* Tum quia in dolo est, si vel actionem, vel exceptionem creditori opponat, *argument. l. si inter. 2. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. si à Titio. 72. ff. de rei vindicat.* Tum quia res in eum casum venit, à quo incipere potuit. *argum. l. exist. mo. 98. in fine.* **160** *princi. ii. ff. de verb. obligationibus.* Tum denique, quia iniquum est, creditorem decipi à debitore, & hunc ex suo mendacio lucrum consequi, *argument. itaque. 12. §. 1. §. l. cum, qui. 14. §. is autem. §. §. eq. ff. de furt. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 22.* Itaque isto casu creditori non datur actio pignoratitia sive hypothecaria directa, sed utilis, ut ait *dict. l. rem alienam. 41. in princ. ff. de pignoratit. act.* non ordinaria hypothecaria actio, sed utilis persecutio, ut ait *d. l. cum res. §. C. si aliena res pignori data sit.* Directa etenim & ordinata actio idem sæpe valet, & opponitur utili, itemque actioni in factum, atque extraordinariæ. *l. 1. §. ll. sequentibus ff. de præscriptis verb. & in fact. actionibus.*

161 De eo acerrimè configunt Interpretes: an, si dominus rei fiat heres debitoris, id est ejus, qui rem domini obligavit, pignus quoque convalescat; ita ut creditori hypothecaria saltem utilis adversus dominum rei pignoratæ concedatur? Affirmare videtur Modestinus in *l. si Titio. 22. ff. de pignoribus & hypoth.* negare Paulus in *d. l. rem alienam. 41. vers. non est idem dicendum. ff. de pignorat. act.* Et certissimam hanc esse contrarietatem, planèque inexplicabilem, censent Hotomanus in *Commentar. ad tit. ff. quæ res pignori, &c. item lib. 5. observat. 18. Busius ad d. l. 41. ff. de pignorat. act. Mercerius ad d. l. si Titio. 12. n. 7. ff. de pignor. & hypoth. & Antonius Matthæus Disputat. 10. ad Pandect. thes. 14.* Alii aliter, & quidem variè, istam contrarietatem tollere & conciliare desudant, *Fulgosius in d. rem alienam. 41. num. 12. ff. de pignorat. act. & in d. l. si Titio. 22. post principium. ff. de pignoribus & hypothec. Aciac. lib. 7. parerg. cap. 14. Duaren. 16. 2. Disputat. annivers. cap. 4. & ad tit. de pignorat. act. cap. 7. Robert. lib. 2. recepta. lect. ap. 1. Mulla-*

us ad tit. ff. de pignoribus & hypothec. cap. 1. num. 21. Cujac. lib. 19. observat. cap. 26. Giphani ad d. l. 2. Cod. si aliena res pign. &c. Vultejus lib. disceptat. Schol. st. c. 17. Lud. Charond. lib. 1. v. rosimil. 20. Petr. Faber. lib. 2. semestr. cap. 18. Hackelman. Disput. 12. thes. 8. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 238. cum multis seqq. Treutler. disputat. 1. thes. 5. sub lit. A. vol. 2. & Bachovius. lib. 2. & de pignoribus & hypoth. c. 4. num. 8. pag. 105. & seqq. Caterùm Accursius in *dis-* **162** *solvenda illâ antinomiâ vehementer fluctuat, pluresque conciliationes adducit in d. l. si Titio. 22. ff. de pignor. & hypoth.* quas licet plerasque ipse rejiciat: in hac tamen acquiescere videtur: ut Paulus in *d. l. 41.* loquatur de actione in rem hypothecariam; Modestinus verò in *d. l. 22.* de pignoratitia in personam utili contraria. Hæc quippe ad id competit ut creditor in debitoris heredem agat, ut rem à defuncto debitore obligatam, pignori esse patiat: cum defuncti facta præstare & approbare debeat. *l. ex qua persona. 149. ff. de reg. jur. l. cum a matre. 14. C. de rei vindicat.* Eoque modo per indirectum convalescit pignus, coacto herede pignoris constitutionem à testatore factam ratificare. Atque ita Modestini responsum accipiendum esse, Doctores tam veteres, quam recentiores communius existimant. *D. Wesenbec. in Parat. ff. de pignorat. act. n. 8. Connan. lib. 4. Comment. jur. civil. c. 13. n. 9. Baldan. in Comment. de pignoribus cap. 12. post princip. Donell. in tr. de pignor. c. 9. non procul à fine. Dn. Collega Besold. part. 2. delibatorum jur. ex lib. 13. Pandect. quest. 8. pag. 87. & seqq.* Cum igitur hanc sententiam frequentes vel ipsis dissentientibus attestantibus, Interpretes concedant: & verò adversariæ illorum interpretationes partim textum corrumpant, partim distinctiones prorsus alienas ei inferant, partim etiam nimis temerariè divinent: utique in hoc dubio communi opinioni, quantumvis eas suas quoque patiat difficultates adhærendum existimaverim, *argument. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quæstor. l. minime. 23. §. l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. l. quassitum. 12. §. sed si fundus. 27. vers. quam sententiam quotidie increfcere & invalescere videmus. ff. de instructo, vel instr. legat.* Ei siquidem contradicere aut contraniti, arrogan- **163** *tix signum putatur, argument. l. si adibus. 32. ff. de d. min. infect. & Novell. 7. c. 9. in fine. Simon Pistoris consil. 3. num. 8. quod excusum extat post consilia Modestini Pistor. fol. 850. vol. 2.* Et clara atque aperta res dicitur, pro qua est opinio communis. *Tiber. Decian. respon. 2. incip. Serenissimus. num. 67. fol. 27. vol. 1.* Quin & veritas & communis **164** *opinio æquiparantur. Mathæus de Afflict. in c. unic. n. 17. tit. an removeri debeant stes. &c. in usib. feud. Andr. Gail. lib. 1. obs. 153. num. 4. vers. nam veritas, &c. Anton. Maria Coratius in tract. de communi opin. lib. 2. tit. 8. n. 16. & passim. pag. 155. Idque fusius explicuimus supra ad princip. tit. de hereditatibus quæ ab intestato. defer. num. 444. & seqq.*

Quia porrò in sæpe allegata *l. rem alienam. 41. ff. de* **165** *pignorat. act.* duo continentur casus: unus, si debitor, qui rem alienam pignori dederat, factus sit heres ejus, cujus res erat: alter, si dominus rei factus sit heres debitoris: breviter ratio differentiæ indicanda est, cur priori casu utilis hypothecaria actio creditori accommodetur: posteriori verò specie ne utilis quidem hypothecaria creditori, contra heredem debitoris, rei pignoratæ dominium, tribuatur. Ratio autem est hæc: quia priore casu si is, qui rem obligavit alienam, opponat creditori exceptionem domini, sive quod res non fuerit ejus, cum eam obligaret: poterit replicatione doli repelli, & quasi mendacii argui, quod rem alienam, cujus nunc est dominus, ipse oppignoravit, *d. l. rem alienam. 41. circa fin. ff. eod. d. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pign. & hypoth. d. l. si à Titio. 72. ff. de rei vind.* Sed altero casu nihil objici potest domino, licet heredi oppignorantis debitoris: quia ipse, quamvis heres, non oppignoraverit, sed defunctus: ut sic nullo tempore confirmatum pignus dici possit. *Mercer. ad d. l. si Titio. 22. num. 3. & seqq. ff. de pignor. & hypoth.* Nec obstat, quod **166** *heres teneatur actionibus hereditariis nomine defuncti; cum heres & defunctus pro una eademque persona habeantur. Novell. 48. in fine præfationis.* Nam illud quidem verum est: at hic non agitur de actionibus hereditariis, quæ

quæ omnes sunt in personam. *tot. tit. Cod. de hereditar. actionibus*, sed de hypothecaria, quæ in rem est. *l. pignoris. 17. ff. de pignoribus & hypothec. & l. pignoris. 18. C. cod.*

167 Cæterum quod diximus: priore casu, quo scilicet debitor rei alienæ pignoratæ dominium post consecutus est, pignus confirmari: posteriore, quo dominus debitori, qui rem alienam obligaverat, heres extitit, non confirmari: huic distinctioni valde repugnat textus in *l. si servo. 20. ff. qui & à quibus manumissi liberi non sunt. & in l. filium. 31. ff. de liberali caus. cum l. si ab eo 7. Cod. eod.* Nam in *d. l. 20.* si non dominus manumittat servum alienum, & postea ejus fiat dominus, non ideo confirmatur libertatis datio: at confirmatur pignus. Contra autem in *d. l. 31. & d. l. 7.* si dominus servi fiat heres ejus, qui servum istum manumisit, non potest huic servo libertatis controversiam movere: sed voluntatem defuncti confirmare cogitur. Et, ut res vel tribus exprimat: priore casu convalescit pignus; altero non item. Libertatis verò datio priore specie non convalescit; posteriore convalescit. Accursius, Bartolus, Cumanus, Baldus, & alii Doctores, hanc quoque contrarietatem explicatu difficillimam esse, ajunt. Sed nonincommodè, meo judicio, ita expeditur & resolvitur: ut priore quidem casu servus manumissus non fiat liber. *d. l. 20. ff. qui, & à quibus manumissi, &c.* & ne posteriore quidem: sed tamen servitutis quæstio ei moveri non possit, neque ab ipso, qui manumisit; ne faciat contra factum proprium, quod non licet. *d. l. post mortem. 25. ff. de adoptionibus*, neque ab ejus herede: ne is faciat contra factum defuncti; quod item non licet heredi. *d. l. ex quâ personâ. 149. ff. de reg. jur.* Et ita exaudiendæ videntur *d. l. 31. ff. & d. l. 7. C. de liberali caus.* quæ non dicunt, hunc servum liberum fieri, sed quæstionem tantum ei non posse moveri. *Pinel. d. l. 1. part. 3. num. 83. Codic. de bonis maternis.*

169 Quæritur circa illum sextum casum exceptum: utrum is locum habeat tam in creditore sciente, quam ignorante? Et sanè si creditor ignorans rem alienam pignori acceperit, casui isti locum esse, sicque creditori actionem hypothecariam utilem dari, non quidem à iuribus dominum, sed adversus debitorem, vel posteriorem creditorem, vel alium quemvis rei oppignoratæ possessorem, inter omnes constat. *argument. l. tutor. 16. §. 1. l. si pignore. 22. §. si predo. 2. l. cum debitore. 37. dict. l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. act. l. si non dominus. 14. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. d. l. cum res. 5. Cod. si aliena res pignori data sit. Negusant. in tract. de pignoribus & hypothec. 3. membr. secunda part. n. 55. Ultejus d. lib. disceptat. scholasticar. c. 17. Hackelman. Disput. illustr. 12. thes. 7. ad lit. B. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 209, 228. & 232.* Verum si debitor rem alienam creditori suo dederit pignori, scienti, eam esse alienam, an & tum casus iste sextus locum habeat, id est, pignus convalescat, adeoque actio illa creditori competat, inter partes hæret valde dissidentes? Et plerique distinguunt debitorem, pignus possidentem, ab alio quolibet possessore, ut adversus debitorem convalescat pignus; adversus alium possessorem non item. *Accursius & Dd. communiter. in l. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Salicetus & alii in d. l. cum res. 5. C. si aliena res pign. data sit. Jul. Pac. centur. 4. in artio Pavov. quest. 52. Ultejus d. cap. 17. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 233. Hackelman. d. Disputat. 12. thes. 7. ad lit. C.* Ratio hujus distinctionis hæc redditur: quia si debitor contra creditorem excipere cupit, se conventionis tempore rei hypothecatæ non fuisse dominum; contra proprium venit factum, dolique mali replicatio ei obstat. *l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignorib. & hypoth.* Convincitur enim de suo mendacio: quia rem non pro alienâ, sed pro suâ oppignoravit. *d. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.* Quæ ratio in quovis alio possessore cessat: ac proinde is rectè agentis creditori objiciet: rem oppignoratam conventionis tempore in bonis debitoris non fuisse. Sunt nonnulli magni nominis Interpretes, qui pignus istud omnino & indistinctè confirmari, existimant. *Baldwin. in tract. de pignorib. & hypothec. cap. 12. Connanus lib. 4. Commentar. jur. civil. cap. 13. num. 7. Petrus Faber. lib. 2. Semeſtr. cap. 17.* In eadem videtur fuisse sententia

Duarenus lib. 2. Disputat. anniverſ. cap. 11. circa princip. Horumque fundamentum est positum, partim in dict. *l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act.* ubi sine distinctione scientis & ignorantis creditoris, ei hoc casu actio hypothecaria conceditur: partim in dict. *l. 1. ff. de pignorib. & hypothec.* ubi etiam non ignorantis creditori actio dari videtur; licet, ut ait Papinianus, difficilius. Denique non desunt, qui haud improbabiler asseverant: creditori scienti, rem alienam esse, non dari actionem, neque contra debitorem, neque alium; sed tantum indulgeri retentionem: idque argumento dict. *l. 1. ff. eod.* ubi ita scribitur: *difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur: sed facilius erit ei pignus possidenti, retentio.* Quod dicitur, *difficilius*: comparativus pro positivo positus est, augendæ difficultatis causâ: ut sit, difficile dabitur, id est, non dabitur. Sic enim & aliàs Papinianus, auctor istius legis, verbo *difficilius* utitur pro non *l. nonnunquam. 8. in fine. ff. de collatione bonor.* quamvis non negetur, verbum *difficile* interdum aliter accipi, ut in *l. si heres. 68. sub fine. ff. ad senatusconsult. Trebellian. & l. Marcia. 13. §. 1. ff. de annuis legat.* Præterea scienti creditori non datur contraria pignoratitia, quæ in personam est. *l. tutor. 16. §. 1. vers. sed si sciens creditor. ff. de pignorat. act.* Ergo nec ei dabitur pignoratitia in rem, id est, hypothecaria. Nam Imp. Diocletianus & Maximianus in dict. *l. cum res. 5. Cod. si aliena res pignori data sit.* ajunt: hypothecariam hoc casu sexto excepto dari creditori, exemplo pignoratitiæ. At jam certum est, pignoratitiam scienti non dari. *dict. l. tutor. 16. §. 1. ff. de pignorat. act.* Imò si non datur pignoratitia scienti: multò minùs danda est hypothecaria: quia (ut dictum) pignoratitia est in personam: hypothecaria in rem. Jam verò potuit debitor personam suam obligare: rem alienam obligare non potuit. Sic & aliàs, ut in emptione, distinguitur emptor sciens, rem esse alienam, ab ignorante. *leg. si in emptione. 34. §. item si emptor. 3. & l. liberi. 70. ff. de contrah. empt.* Hancque sententiam post Fulgosium in *d. l. 1. ff. de pignorat. b. & hypothec.* explicatius defendunt. *Donellus in tractat. de pignoribus cap. 9. Elias Roberus Disputat. Institution. 14. coronid. 2. & Everhardus Bronchorſt. cent. 1. in artio Pavov. assert. 95. edit. 1.*

Cui non obstat dict. *l. rem alienam. 41. ff. de pignoratit. 173 act.* ubi indistinctè traditur: si debitor, qui rem alienam pignori dedit, postea ejus rei dominus factus est, creditori dari utilem actionem pignoratitiam. Tametsi enim Paulus in principio istius legis generaliter loquitur: attamen ex ultimis ejusdem legis verbis luculenter pateſcit, eum de creditore ignorante loqui. Ait namq; in fine: *Si convenit de pignore, ut ex suo mendacio arguatur: improbe resistit, quo minùs utilis actio moveatur.* Hæc verba de debitore duntaxat, qui creditori rem alienam ignorantis pignori dedit, accipi possunt. Solus etenim is ex suo mendacio argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo læsit; non ille, qui rem alienam suam esse asserens pignori dedit, creditore id sciente falsum esse. Nam qui sciente adversario quid falsum asserit: eum decipere non rectè dicitur. *l. qui se liti obtulit. 45. ff. de heredit. petit. Donell. & Bronchorſt. locis præallegatis.*

Res feudalis utrum à vasallo citra caducitatis seu pri-
vationis periculum pignori dari possit, non usquequaque
expeditum videtur? Et non posse, feudorum placitis de-
cisum extat. *cap. 1. circa princip. ibi, vendere, vel pignorare, &c. de prohib. feud. alienat. per Frider. tit. 55. libr. 2. Feudor. cap. 1. §. aut si libellario. ibi, pro pignore plus medietate obligaverit. quibus mod. feud. amittat. tit. 5. lib. 1. Feud. cap. unic. §. fin. ibi, nam nec pignus. de investiturâ de re aliena fact. tit. 8. libr. 2. Feudor.* Ejusque ratio est perspicua: 175
quia omnis alienatio feudi regulariter prohibita censetur. *tit. 52. in princ. vers. per multas enim. &c. & dict. tit. 55. in princ. vers. habito ergo consilio, &c. lib. 2. F.* At pignoris datio est alienatio. *l. ult. ibi, vel pignoris nexum. 176 Cod. de reb. alien. non alienand. alienatio, inquam talis, qua possessio ad alium, puta creditorem transit. l. si rem alienam. 9. §. propriè. 2. l. cum & sortis. 35. §. 1. & l. debitor. 40. ff. de pignorat. action. l. per servum. 37. in princ. ff. de acquir. rer. dom. l. 1. §. per servum. 15. & l. qui pignoris. 36. cum l. seq. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Licet quoad casum usu-

capionis, debitor rem oppignoratam possidere dicatur. *d.l.1. §. per servum. 15. ff. eod. l. servi nomine. 16. ff. de usurpat. §. usucapionib. Dn. Collega Bocer. class. 5. Disputat. 9. thes. 65. ad lit. f. edit. 2.*

- 177 Nec objiciet aliquis: emphyteutam oppignorare posse rem emphyteuticam. *l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignoratit. act. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. §. hypoth. usufructuarius jus suum fructuarius. §. minus autem. 1. in fine. supr. de usu §. hab. l. si is, qui. 11. §. ususfr. 2. ff. de pign. §. hyp. l. 1. vers. si d. si vos. C. si pignori datum sit. ergo & vasallum rem feudalem. Tum quia jus feudale pignorationem diserte prohibuit in feudo: at jus civile aperte concessit in usufructu & emphytheusi, *juribus modis allegatis. Non licet autem ab uno jure arguere ad correctionem juris alterius, argument. cap. 1. vers. legum autem Romanarum. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. F. Gothofred. ad d. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus §. hypothec.* Tum quia diversitatis ratio, cur emphyteuta, sicuti & usufructuarius, non etiam vasallus, jus suum alii oppignorare possit, evidens est: quod vasallus ex reitu servire domino tenetur: emphyteuta verò & fructuarius non item, *argument. d. tit. 52. vers. per multas. ibi, ac ita omnibus exhaustis, &c. §. d. tit. 55. in princip. ibi, unde debita servitia amittebant. lib. 2. F. Vide Bachovium in tract. de actionib. Disput. 3. ad thes. 33. pag. 101. vers. nondum possum, &c.**

- 179 Sed num etiam hypothecæ datio prohibita sit vasallo, major est & difficilior contentio? Et certè non minus hypothecæ datione, quam oppignoratione, inter dictum esse vasallo, multi, iique non infimæ classis Jurisconsulti affirmant. *Jacobus de Ardizione in epit. feud. cap. 116. Landens. in capit. 1. §. 1. n. 11. de prohibita feud. alien. per Frid. d. tit. 55. lib. 2. F. lac. Petr. de cond. ex mor. pro feud. apert. n. 3. Hotoman. consil. 30. vol. 1. Sonsbec. in Comment. in usus feud. part. 12. n. 100. Wesenb. de feud. c. 11. n. 5. Vultejus de feud. lib. 1. cap. 10. n. 43. Hackelman. Disput. 12. coronid. 1. & Matth. Stephani centur. 3. quest. 34. Glosin. c. 1. de alien. feud. §. in cap. 1. de alienat. feud. patern. item Rittershus in partit. feud. lib. 2. cap. 3. quest. 4. & Berlichius. part. 2. conclusion. practicabil. concl. 31. n. 5. pag. 672.* Verum contrariam sententiam, quod videlicet vasallus impune feudum suum hypothecæ dare possit, veriore esse, non sine ratione concluditur. Nusquam enima hypotheca, sed semper nominatim & in specie pignus prohibetur. *dict. tit. 5. in*

- 180 *princ. lib. 2. F. cum similibus.* Quare cum propriè aliud sit pignus, aliud hypotheca. *dict. l. si rem alienam. 9. §. proprie. 2. ff. de pignorat. act. l. piebs. 238. §. pignus. ff. de verborum significat. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. proprietati verborum standum & adhaerendum erit: idque maximè hoc casu fieri debet, ubi in materia odiosa versamur: siquidem propter oppignorationem, incio domino factam va-*

- 181 *fallus feudo suo privetur. Pœnalia autem & odiosa interpretatione magis restringi, quam ampliari debere, notissimum est. l. cum quidam. 19. ff. de liber. & posthum. heredit. instit. l. si fuerit. 10. in fin. ff. de reb. dub. l. si præses. 32. in fin. §. interpretatione. 42. ff. de pœn. l. semper in dubiis. 56. l. factum. 155. §. ult. l. rapienda. 168. §. l. ea, qua. 192. §. 1. ff. de reg. jur. c. odia. 15. de regul. jur. in 6.* Præterea illâ duntaxat feudi alienatione interdictum est vasallo, quâ possessio prædii feudalis transfertur. *d. cap. 1. §. callius in super. ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt. de prohib. feud. alienat. per Frideric. tit. 55. lib. 2. F.* At per hypothecam non transfertur possessio: cum nudâ conventionem constituitur. *dict. l. si rem alienam. 9. §. 2. ff. de pignorat. act. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. §. hypothec. d. §. item Serviana. 7. vers. nam pignoris. infr. de actionibus.* Adhæc vasallo isthac feudi alienatione interdictum est, per quam ipse feudi redditus amittit: unde ampliùs domino debita servitia, utpote jam alimentis destitutus, præstare commodè non possit. *c. 1. de prohib. feud. alienat. per Lothar. circa princip. ibi, ac ita omnibus exhaustis, suorum seniorum servitia subterfugere, &c. d. tit. 52. lib. 2. F. & d. dict. tit. 55. in princip. ibi, unde debita servitia amittebant. lib. 2. feudor.* Atqui per hypothecæ constitutionem vasallus non amittit feudi redditus: cum possessionem feudi, adeoq; hujus possessionis commodum, quod est fructuum perceptio, retineat. *l. Fulcanius. 7. §. ult. ff. quib. ex caus.*

in possess. eatur. Igitur cessante dispositionis sine in hypo-183 thecâ, cessabit etiam ipsa dispositio, *arg. l. in omni. 13. ff. de adoptionibus. l. ex facto. 43. in princ. ff. de vulg. & pupill. substit. l. adigere. 6. §. quamvis. ff. de jur. patronat. c. cum cessante. 60. ext. de appellationib.* Atque huic sententiæ suffragantur *Bald. in d. c. 1. §. 1. n. 1. de prohib. feud. alienat. per Frid. & ibidem Alvarott. n. 2. Curt. junior. de feud. part. 4. n. 95. Frider. Schenck. in dict. cap. 1. §. aut si libellario. quib. modis feud. amitt. Wurmser. in pract. observat. de feud. observat. 18. Hartman. Hartmanni de feud. observat. 20. Zasius in epitom. feud. part. 9. num. 18. Fichard. consil. 5. num. 5. vol. 1. D. Collega Bocer. d. class. 5. Disput. 19. thes. 68. edit. 2. Rosenthal. in synops. feud. cap. 9. conclus. 15. Borcholt. in Comment. de feud. c. 8. n. 60. & seq. aliq. nonnulli.*

Non obstat, quod nominis tantum sono à pignore differ-184 re hypotheca dicitur. *l. res hyp. 5. §. inter pignus. ff. de pign. §. hypoth.* Illud enim non simpliciter & generaliter exaudiri debet; sed solummodo quoad actionem hypothecariam: quæ tam hypothecæ, quam pignoris nomine creditori competit. *d. l. item Serviana. 7. vers. inter pignus. infr. de act. Et dictam l. 5. §. inter pignus. ff. de pign. §. hyp. pertinere ad actionem hypothecariam, arguit clarissimè ejusdem legis inscriptio, quæ demonstrat, quod lex ista sit Marciani, desumpta ex lib. singulari ad formulam, id est, actionem hypothecariam: sicuti quoque monimus supra num. 5.*

Minus resistit, quod non solum pignoris, sed & hypo-185 thecæ datio sit alienatio, prædictâ *ultim. Cod. de reb. alien. non alienand.* Haud etenim quavis simplex feudi alienatio jure feudorum prohibita censetur, sed illa tantum, quâ possessio rei feudalis ad alium, in quem alienatio fit, transfertur. *d. tit. 55. in princ. vers. callidis. ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt. lib. 2. feudor.*

Nihil quoque adversatur, quod per hypothecæ datio-186 nem pervenitur ad rei venditionem. *l. 2. 3. & 4. C. de distract. pignor. tot. tit. ff. de distract. pignor. §. hypothec.* quæ vasallo nequaquam permessa est. *d. tit. 55. in princ. vers. habito ergo, &c. lib. 2. F. & prohibita alienatione, id etiam prohibitum intelligitur, ex quo sequi alienatio potest, arg. l. oratio. 16. ff. de sponsal. l. ad rem mobilem. 56. & l. ad legatum. 62. ff. de procuratorib. latè post alios, quos citat, Menochius consil. 116. num. 15. & seq.* Nihil, inquam, id adversatur: quoniam procedit in alienatione simpliciter prohibita, non itidem in eâ prohibita alienatione, quâ ipsa rei possessio in alium transfertur; qualis est prohibita feudi alienatio, ut quâ vasallus commodò fructuè privatur: de quâ feudi alienatione cum feudorum placita tantum loquantur: de aliâ quavis alienatione minimè sunt accipienda: præsertim, cum prohibitio alienationis sit odiosa; 187 proindeque, in quantum fieri potest, restringenda, *arg. Novell. 10. in præfat. §. nos igitur. 2. vers. novimus igitur, &c. Tiber. Decian. respons. 78. num. 37. vol. 3. & alii ab eo hanc in sententiam allegati. Vide Berlichium conclusion. practicabil. part. 2. concl. 31. num. 2. & seqq.*

Superiori quæstioni proxima est illa: Anne, si feudi dominus in oppignorationem consenserit; & postea, vasallo sine liberis mortuo, feudum ad ipsum dominum devolutum fuerit; illa firma maneat, sicque dominus satisfacere creditoribus teneatur? Et satisfacere teneri (utut re-188 clament atque ogganniant *Matthaus de Afflict. in c. 1. qui successores teneantur. in usibus feud. Zasius in Epit. feud. part. 6. num. 27. & part. 9. num. 8. & 39. Buratus consil. 171. alii- que per eum citati*) omninò concludendum existimo. Primum enim juris est haud incogniti: quod is, qui consentit contractui, super re aliquâ inito, hoc ipso censeatur renunciare juri, quod in re ista habuit. *l. servus communis, 38. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. apud Celsum. 4. §. quaesitum. 12. ff. de doli mal. & met. except. l. 2. Cod. de remiss. pignor.* Deinde & hoc exploratum est: eum, qui semel 189 consensit, huic consensui jure contravenire non posse; sed eo nomine perpetuò devinctum esse, *argum. l. per fundum. 11. ff. de servitutib. rustic. prædi r. l. in diem. 8. ff. de aqua, & aquæ pluvi. arcenda. l. de accessionibus. 14. §. fin. ff. de divers. & temporal. præscript. l. 1. §. prod. st. 14. vers. unde si quis. ff. quod legat. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6.* Præter-190 ea magis in specie de domino feudi traditum est; quod ea, quæ

quæ ipsius consensu in feudo gesta sive alienata sunt, rata habere teneatur, non solum tum, quando feudum adhuc à vasallo possidetur, sed vel maxime etiam, quando vasallo defuncto, feudum sibi apertum fuerit. *c. 1. §. etsi clientulus. vers. si verò. de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. feudor.* Et licet feudum per oppignorationem non alienetur, sicut per venditionem: tamen eadem ratio in oppignoratione, quæ in venditione, imò major esse videtur. Nam si alienatio stabilis ac firma permanet in præjudicium domini consentientis: multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præjudicii domino adfert. Adhæc idem suadet ipsa natura negotii. Oppignoratione siquidem jus constituitur reale, quod cum re ipsa transit, ad quemcunque ea pervenerit. *l. si fundus. 16. §. in vindicatione ff. de pignorib. & hypothec.* Dominus itaque consentiendo oppignorationi, censetur se ad naturam illius rei conformare, & tale jus in feudo constituere voluisse, quod feudum semper comitetur, tametsi istud ad ipsum dominum reversum fuerit. Sicut enim pleraque alia; ita etiam consensus domini secundum subjectam materiam, & naturam actûs sive contractûs, super quo adhibetur, id est, pignoris, adeoque secundum dispositionem juris est accipiendus, *argument. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. l. si stipulatus. 4. in princip. vers. verum si emptor. ff. de usur. l. damni 43. in princ. vers. & quod in stipulatione. ff. de dam. infecto. l. si cui. 9. ff. de servitutibus & l. quanquam. 62. ff. de rit. nupt.* ita nimirum, ut maneat pignus, donec debita pecunia creditoribus offeratur, solvaturque iis modis, quibus jure constitutum est. *tot. tit. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit.* Atque ita, post Andreæ de Isernia à se laudatum, sentit Marinus Freccia *lib. 2. de auctoritate & potestate regis erga subfeudatarium auctorit. 29. n. 8. vers. fallit etiam hac regula, &c.* Eique patrocinantur non inviti D. Hartman. Pistoris *lib. 2. parte poster. quest. 48. n. 14. cum seqq. Fachinaus lib. 7. controversiar. jur. cap. 56. & Hackelmannus Disputat. illustr. quest. 12. coronid. 2.*

193 Hanc sententiam primò non destruit, quod regulariter omnis promissio & conventio intelligitur, rebus sic stantibus, sive in eodem statu permanentibus. *l. quæro. 54. §. inter locatorem. ff. locati. l. quod Servius. 8. ibique glos. super verb. potest. & Iason. colum. 3. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. ff. de verbor. obligat. l. ex facto. 43. in princip. ff. de vulg. & pupill. substit. l. cum quis. 38. in princ. ff. de solutionibus. Late Anton. Rubens. consil. 147. hunc q. cum aliis allegans Tiraquellus ad l. si nunquam. 8. C. de revocand. donat. in præfatione, num. 167.* Ideoque consensus domini, super oppignoratione interpositus, locum habere, ac domino præjudicare creditur, rebus sic stantibus; id est, donec vasallus, qui oppignoravit feudum, vixerit, sive successores ejus feudum obtinuerint; non autem, si feudum ad ipsum dominum revertatur. Hoc, inquam, non destruit nostram sententiam. Quamvis enim prædictis in legibus promissio facta, propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus: non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolutum axioma; quamlibet conventionem ac dispositionem accipiendam fore, rebus sic stantibus; ita ut quælibet varietas & mutatio postea contingens, jus immutet, ipsamque promissionem & conventionem infringat. Idque satis apparet ex præallegato *cap. 1. §. etsi clientulus. de alienat. feudi. lib. 1. tit. 13. Feud.* ubi habetur casus alienationis feudi, cum voluntate sive consensu domini à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendens masculis, & quaeritur: nunquid facta alienatio revocetur, an verò subsistat? Si spectetur illud generale pronunciatum: *Qualibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus:* dicendum erit, feudum ad dominum reverti, alienationem rescindi, consensumque non ob stare: siquidem res non amplius sit in eodem statu. At contrarium deciditur in d. §. etsi clientulus. nimirum stabilem permanere alienationem. Hujusque ratio est: quia secundum ipsam naturam actûs, & intentionem contrahentium, & rei æquitatem judicandum est, non secundum generales quasdam regulas. Omnis quippe definitio sive regula periculosa est. *l. omnis definitio. 202. ibique Accurs. & Philipp. Matthæus num. 2. & seq. ff. de reg. jur. Ioan. Mercer. lib. 2. opinion. cap. 16.*

Secundò non turbat nostram sententiam; quòd consensus præjudicare juri proprio ipsius consentientis non soleat, quoties interponitur & adhibetur pro auctoritate rei gestæ, ut valeat. *l. Cajus. 39. ubi Paul. de Castor. ff. de pignorat. act. l. cum quadam. 26. C. de administrat. tutor. vel curat.* ac propterea nec in præsentem themate consensus domini obstat aut præjudicet ipsi in jure proprio; atque adeo non impediatur, quò minus vasallo, sine masculis defuncto, feudum liberè ad illum revertatur. Nam respondetur: consensum non obesse aut præjudicare domino circa jus directi domini, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem utilis domini cum directo; modò pignus firmum maneat. Etenim si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente: id creditori præjudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea siquidem natura contractûs pignoris est; ut maneat jus firmum creditoris, donec pecunia ei persoluta fuerit, *docente Fachinao d. lib. 7. contro. vers. jur. cap. 56. vers. secundum argumentum, &c.*

Tertiò eandem sententiam haud evertit: quòd domini consensus, oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem nihil novi juris tribuit. Qui enim confirmat, nihil dat. *l. & quia. 6. ff. de jurisdict. c. quia diversitatem. 5. ext. de concess. præbend. C. Libig. gl. super verb. confirmationem. ext. de confirmatione utili, vel inutili. Gail. lib. 2. obs. 1. num. 3. & 8.* Non itaque consensus, qui ideo adhibetur, ut obligationem seu oppignorationem vasalli confirmet, novum jus contra dominum consentientem introducere poterit, ut eundem etiam, feudo sibi aperto, obliget. Illud, inquam, haud nostram evertit sententiam. Neque enim propterea, quòd statuimus, dominum feudo sibi aperto, debitum persolvere teneri, ex confirmatione, præter naturam ejus, novi aliquid sequitur. Nam cum semel jus reale, consentiente domino, in feudo constitutum fuerit: necessariò inde evincitur, jus hoc inherere, ad quemcunque feudum pervenerit. Non igitur mirum, cur consensus eò vires suas extendat: cum is, qui vult unum, existimetur etiam omne id voluisse, quod ex eo necessariò consequitur, *arg. l. 2. ff. de jurisdict. l. illud. 77. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur.* Siquidem non idcirco dominus ultra obligatur, quam requirat ipsa consensûs natura: quæ est, ut quis id, quod semel placuit, ratum habere teneatur. *arg. c. quod semel. 21. de reg. jur. in 6. & l. nemo potest mutare. 75. ff. eod. tit.*

Quartò non obstat vulgata juris regula, quæ docet, quòd renunciatio juris nunquam præsumatur: nisi de eà expressè actum fuerit. *l. cum de indebito. 25. circa princip. ff. de probationibus, & quotiescunque alicui plura competunt jura, si uni renunciaverit, non propterea alteri renunciatum censeatur, argument. l. si domus. 21. ff. de servitutibus præd. urb. l. si mihi 20. in princip. ff. de servitutibus. præd. rusticor. l. nec is. 17. §. 1. ff. de acquir. vel omit. heredit. l. quotiens duplici. 91. ibiq. Decius & Cagnolus. ff. de reg. jur.* Igitur & in nostro casu quamvis dominus consentiendo obligationi seu oppignorationi, intelligatur renunciare juri, quod vivente vasallo ipsi in feudo competierat: non tamen ideo videatur voluisse jure, quod demum post mortem vasalli sibi competere incipiebat, se abdicare; & in eventum semetipsi creditoribus obligare. Non, inquam, obstat prædicta regula: quia ea procedit in dubio: secus in claris, in quibus nos versamur, & in quibus locus non est conjecturis. *l. continuus. 137. §. cum ita. 2. in fine. ff. de verb. oblig. l. ille aut ille. 25. in fine, ff. de legat. 3.* In proposita namque questione de renunciatione ex ipso consensu domini dilucidè constat: quandoquidem consentiens oppignorationi, eo ipso jus suum resignare reputatur. *arg. l. servus communis. 38. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. apud Celsum. 4. §. questum. 12. ff. de doli mali. & met. exc. & l. fideiussor. 26. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec.* Sic etiam quod de renunciatione unius juris ad alterum non porrigendâ adfertur, locum duntaxat habet in juribus separatim & diversis. Hic autem non de diversis, sed de uno & eodem jure directi domini agitur. *Hartm. Pist. d. q. 48. n. 28.*

Quintò nihil decerpit nostræ decisioni; quòd plurimum inter se differant consentire & obligari, per notata

Accursius in l. 1. §. si ratum. 6. ff. quod jussu Bartoli. in l. Lucius Titius. 21. ff. de administrat. & peric. tutor. & in l. si cum dotem. 22. §. transgrediamur. 12. ff. solut. matrimon. & ideo dominus, qui consensit oppignorationi feudi, non censeatur obligatus propter hunc consensum, ad solvendum æs alienum creditori ipsius vasalli. Responderi enim potest; non obligari quidem dominum expresse ob consensum præstitum ad solvendum æs alienum; sed hoc tamen efficere præstitum consensum, ut feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur: ac proinde ita stabilis & firma permaneat, ut creditor pignori recte insistat, donec ei debita pecunia persolvatur; nec aliter pignus sive hypotheca ejus solvatur, quam solutione illius, quod debetur, vel aliis legitimis modis. Fachinaus. d. l. 7. cap. §. 6. vers. quintum argumentum, &c.

203 Postremo nihil planè officit, quod in generali locutione non comprehendatur persona loquentis, *argument. l. qui insulam. 30. §. ult. ff. locati. l. inquisitio. 18. C. de solutionibus. Andr. de Ifern. in cap. 1. §. fin. hic finitur lex. in usibus feudor. & ea propter dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse non sit existimandus. Nam cum dominus oppignorationi consentiendo obstringatur, & ratum teneatur habere contractum vasalli, atque hoc respectu ex ipso etiam contractu vasalli obligetur: quæ quæso personam ejus à consensu ab ipso præstito sejungere poterimus? Procedit enim ista regula brocardica solummodò in his, ubi persona loquentis, & sermo ab eodem prolatus, separatim considerari potest, ut di-*

204 *sertè tradidit Pistoris d. quæstion. 48. num. 30. Hancque nostram hætenus defensam sententiam tum quoque obtinere putamus; cum dominus oppignorationi feudi consensit, adjuncta clausulâ, salvo jure meo. Ist hæc etenim clausula intelligitur reservare omnia alia jura, præter ea, quæ dominus consentiendo in alium transferri patitur. Siquidem aliàs reservatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto, quæ non relevat protestantem, argument. l. si quis extraneus. 21. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. c. solitudinem. 54. de appellat. c. cum M. Ferrariensis. 9. ibiq; glos. super. verb. sine præjudicio. de constitut. c. olim causam. 20. & inibi glos. in verb. protestatus. de censibus. Sed vide fusillimè hæc explicantem Hartmannum Pistoris. d. quæst. 48. n. 32. cum seqq. & Fachinaum d. lib. 7. controvers. jur. cap. §. 6. circa finem.*

205 Porro & illud hîc addendum censeo: quod consensus à domino feudi oppignorationi, à vasallo factæ, præstitus etiam ad usuras, sive ad id, quod interest (frustrâ reclamantibus Matthæo de Afflict. in c. imperialem. in 12. notab. quæst. 8. num. 23. de prohib. feud. alienat. per Frid. & Marino Freccia lib. 2. de auctorit. & potest. Baronis erga subfeudatarium quæst. 20.) meritò extendatur, *argument. l. quæ-*

206 *ro. §. 4. in princ. ff. locat. ubi fidejussor (cujus obligatio stricte accipienda est) in omnem causam conductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni pensionum usu-*

207 *ras præstare cogitur. Sicut igitur obligatio fidejussoris ad usuras extenditur: ita & consensus domini: quoniam dum dominus in oppignorationem feudi consentit: in omnem causam consentire dicatur. Nec movet, quod ab adversariis negatur, dominum consentire in omnem causam, dum consentit oppignorationi feudi. Id enim concedi poterit, si adjuncta certæ quantitatis taxatione consentiat; putà consentio, ut feudum oppignoretur a vasallo pro quantitate centum duntaxata aureorum. Cæterum si consentiat simpliciter, nec ad certam pecuniæ summam consensus restringatur; aliter erit respondendum, & dicendum, quod hoc casu consensus non ad sortem tantum pecuniæ debitæ, sed & ad usuras pertineat. d. l. quæro. §. 4. in*

208 *princ. ff. locat. Neque rectè replicatur, non porrigi consensum ad usuras, quæ ex morâ debitoris vasalli veniunt: cum hujus culpa domino nocere non debeat. Nam mora debitoris vasalli non nocet domino per se & principaliter, sed in consequentiam contractûs pignoris, cui dominus ipse consensit. Usuræ siquidem veniunt tacite, & in consequentiam contractûs bonæ fidei post moram, ex officio judicis. l. Lucius Titius. 24. ff. deposit. dict. l. quæro. §. 4. in princ. ff. locat. Quare dominus consentiens pignori, qui contractus bonæ fidei est. §. actionum autem. 28. infr. de*

actionibus, videtur consentire in omnem causam, quæ ex eo contractu nasci potuit, argument. l. si quis pro eo. §. 6. §. si nummos. ff. de fidejussoribus. Et ita hanc sententiam, post Joachimum Camerarium in d. c. Imperialem. de prohib. feudi alienat. per Frid. & Hartmannum Pistoris lib. 2. parte posteriori, quæst. 49. defendit Fachinaus d. lib. 7. controvers. jur. cap. §. 7.

Sanè debitoris bona vel generaliter, vel specialiter, pignori aut hypothecæ supponi solent. *l. 1. in pr. l. obligatione. 6. l. Paulus. 29. in pr. ff. de pign. & hypoth. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. l. 1. & l. nomen. 4. C. quæ res pign. obligari poss. Generaliter: cum sine ulla rerum notatione omnia bona, præsentia & futura, obligantur: putà si dicatur; obligo tibi omnia mea bona: vel tantum, omnia bona. l. ultim. C. quæ res pign. oblig. poss. ubi vide Donellum, eumque livido dente arrodentem Schifordeggherum lib. 3. tr. 12. quæst. 2. Ea tamen, quæ ab herede obligantis quæsitæ sunt, generali pignoris seu hypothecæ obligatione continentur. d. l. Paulus. 29. in pr. ff. de pign. & hypoth. ut nec ea, quæ verisimiliter quis non fuisset obligaturus: cujusmodi sunt, supellex, vestis, servi aratores, boves aratorii, cæteræque res, quæ ad usum debitoris perquam necessariae sunt; vel ad affectionem ejus pertinent; qualis est concubina; alumni, &c. d. l. obligatione. 6. cum duabus seqq. ff. eodem tit. d. l. 1. l. executores. 7. & l. seq. Cod. quæ res pign. oblig. poss. Mudæus ad tit. de pignoribus & hypothec. c. quæ res obligatæ intelligantur. num. 6. & seqq. Specialiter bona debitoris pignori vel hypothecæ obligantur, cum ipsa conventio in certam rem unam vel plures confertur, dicta. l. 1. in princ. l. & quæ nondum. 1. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Et hæc specialis conventio etiam complectitur ea, quæ per consequentiam accedunt. Cujus generis sunt: si quid fundo obligato per alluvionem accesserit. l. si fundus. 16. in princ. ff. d. tit. l. si cum nuda proprietas pignori data fuerit, ususfructus accreverit. l. si convenerit. 18. §. 1. ff. de pignorat. action. item partus ancillarum, foetus pecorum, & fructus prædiorum obligatorum. l. fidejussor. 26. §. ult. dict. l. Paulus. 29. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. l. 1. C. de partu pignoris. l. quamvis fructus. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. Sed & ædificium area obligatæ impositum, pignori sive hypothecæ tenetur, d. l. si fundus. 16. §. si res. & l. ult. ff. de pignorib. & hypothec. l. domo. 21. ff. de pignorat. act. late Donell. in tractat. de pignorib. cap. 7. pag. mibi. 118. D. Bocer. Class. 2. Disput. 12. thes. 30. ad lit. C. edit. 2.*

In pignoris vel hypothecæ constitutione nonnunquam etiam pacta interponuntur: quæ si iusta fuerint, servanda sunt; sin injusta, reprobanda. Est autem inter cætera justum pignoris pactum, si convenerit, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur, in modum legitimarum usurarum. *l. 1. §. pacto. 3. l. si is. 11. §. 1. ibi, donec illi pecunia solvatur. ff. de pignoribus & hypothec. l. Gajus Segas. 39. ff. de pignorat. action. l. legata. 9. §. ult. ff. de supellect. legat. l. si ea pactione. 14. & l. si ea lege. 17. C. de usur. Quæ pignoris species à trixenos appellatur l. si pecuniam. 33. ff. de pignorat. act. de l. si is, qui. 11. §. 1. ff. de pignoribus & hypothec. Petrus à Vuell. in tractat. de usur. ad l. 19. ff. de usur. Rittershus. lib. 3. differentiar. jur. civilis. & can. cap. 7. pag. 208. Bachovius lib. 1. de pignorib. & hypoth. cap. 14. pag. 60. At quid statuendum, si usus ille, sive perceptio fructuum legitimum usurarum modum excesserit: num pactio aut conventio hæc valebit? Si fructus percipiuntur, ut usuræ: nullâ ratione fieri potest, ut terminos legitimarum usurarum egrediantur. Si verò percipiuntur loco usurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, sive eventus spectentur, sive eorum æstimatio: conventionem isthanc ratam esse, non ineptè quis dixerit. d. l. si ea lege. 17. C. de usur. Etenim si minus, & interdum etiam nihil fructuum creditor pecipiat, id quod fieri potest: eo tamen contentus esse debet: atque ideo eventus & æstimationis fructuum incertitudo tale pactum ab iniquitate usuraria liberat. Si cut & pleraque alia propter incertum fructuum premium & eventum permittuntur: quale illud est, quod frumenti, hordei, vel olei mutuò dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt; quæ in pecunia non nisi ex stipulatione debentur. l. frumenti. 12. ibique Gothofr. & l. oleo. 23. juncta*

juncta l. 3. C. de usur. Cujac. lib. 8. observ. cap. 17. Mynsinger. sent. 6. observ. 71. Borcholt. in Comment. de usur. cap. 6. n. 5. Bronchorst. cent. 1. évartio p. 20. assert. 96. edit. 1. Arumans Exercit. Justin. 12. thes. 19. & Trentler. disputat. 1. thes. 6. ad lit. b. vol. 2. ibique Hunn. in resolut. quest. 38. pag. 59. & seqq. Eaque de re consuli quoque poterunt, diversimodè sentientes, Carolus Molinæus in tract. commercior. & usurar. quest. 35. num. 259. & seq. Francisc. Balduin. in tract. de pignoribus & hypothec. cap. 16. Alciat. lib. 2. Disput. cap. 3. Andr. Gail. lib. 2. observat. 3. Hotoman. lib. 1. observat. c. 4. & ad tit. in quibus caus. pignus, &c. Robertus. libr. 1. recepta jur. civil. lectionis. cap. 14. Hackelman. Disp. 12. thes. 2. Ant. Fab. part. 1. de errorib. pragmat. dec. 9. err. 5. cum seqq. Herm. Meyrer. in tract. de preferendis cred. lib. 1. c. 8. Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 16. pag. 196. Francisc. Merlinus decis. Lucens. 33. & Schickard. disp. 12. ad Instit. in corollario.

216 Ceterum injustum, ac propterea minimè servandum pignoris hypothecarè pactum est: cum creditor pecuniam credit eà lege; ut, si pecunia ad certum diem soluta non fuerit, pignus, quod eo nomine obligatum est, creditoris fiat. *l. ult. Codic. de pactis pignorum, &c.* Quà lege Constantinus Imp. damnat pacta, propter fragilem debitoris captionem, & avari creditoris asperitatem inita. Solent enim creditores avaritiâ exardescere, mutuo dare pecuniam nemini, nisi sub lege pignorum commissoria: cui facillimè debitores, necessitate pecuniæ accipiendæ constrikti, se submitunt: tum propter spem rebus suis consulendi: tum propter extremam, quâ premuntur, egestatem atque necessitatem. *Molin. d. tractat. commercior. & usurar. quest. 52. num. 364. Neguzant. in tract. de pignoribus & hypothec. part. 4. principal. num. 1. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 77. Bonacina in tract. de contra-*

217 *tibus & restit. Disputat. 3. quest. 3. punct. 8. pag. 466. Pactum autem istud vocari solet lex commissoria. d. l. ult. C. de pactis pignorum. & de lege commissor. &c. & tit. 27. lib. 1. feudor. hocque proprium habet, ut pignora cadant in commissum, debito ad diem præfinitum non soluto: & dicitur lex commissoria ad similitudinem commissorum emphyteuticorum, vel publicanorum, quorum meminit l. 2. C. de jur. emphyt. l. commissoria, 14. ff. de publican. & vectigalib. Donell. in tract. de pignoribus cap. 13. pag. mibi 154. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. c. 2. num. 8. Bachov. d. lib. 1. de pignorib. & hypothec. cap. 15. pag. 64. & seqq.*

218 Nec assertioni isti, quâ statuitur, legem, id est, pactionem commissoriam in pignoribus esse reprobam, obstat *l. si fundus. 16. §. ult. ff. de pignoribus & hypothec. & l. 1. C. de pactis pignorum, &c.* ubi valet pactum inter debitorem & creditorem initum: ut, nisi ad conventum tempus debitor creditori solvat debitum, res oppignorata ei pro debito cedat. Nam tum demum subsistit illa pactio, ut res pro debito oppignorata cedat creditori, si justo precio æstimata fuerit. Hoc quippe casu conditionalis quædam pignoris venditio inter debitorem & creditorem contrahitur. *d. l. si fundus. 16. in fin. ff. de pignoribus & hypothec.* resque tunc æstimatur à judice, aut alio viro bono: neque debitor aut creditor inde læditur. Ita tenent Bartol. in *l. ult. C. de pact. pignorum. Alexand. consil. 178. num. 9. lib. 7. Afflict. decis. 368. num. 1. in fin. Menochius remed. 5. adipiscend. possess. quest. 8. num. 44. aliique complures, ab eo citati.*

219 Pari ratione non repugnat *l. fin. in princ. ff. de contrahend. empt.* ubi sustinetur pactum commissorium in pignore, interpositum inter debitorem & fidejussorem, qui pro eo fidem suam astrinxit. Illic namque non respondetur, quòd ipsa prædia sint fidejussori pro debito empti, adeoque legi sive pactioni commissoriæ locus relinquatur: sed simpliciter dicitur quòd sint empti: & sic intelligitur, justo precio empti esse. Quoties enim dicitur simpliciter, quòd res sit empti, nisi debitum in termino præfixo sit solutum, non intelligitur pro ipso debito, sed pro justo precio, à judice, vel bonis viris æstimando, arg. *d. l. si fundus. 16. §. ult. ibique Bartol. ff. de pignoribus & hypothec. Hostiens. Imola, Ioan. Andr. Panormitan. & alii in c. significante. 7. ext. de pignoribus. Neguzant. d. tractat. de pignoribus & hypothec. part. 4. princ. num. 6. Bertrand. consil. 98. incip. puto. col. fin. libr. 4. Atque id copiosius explicant Molinæus d. tractat. commercior. & usurar. quest. 52. num. 357.*

& Didacus Covarruvias *dict. lib. 3. var. resolut. cap. 2. num. 7. & 8.*

Similiter non adversatur *l. ult. Cod. de distract. pignorum. 221* ubi rescribitur, validum esse pactum inter creditorem & debitorem initum: ut, si ex venditione pignoris plus percipiat creditor, quàm ei debebatur, hoc cedat lucro creditoris: quod videtur sapere naturam pacti seu legis commissoriæ; eò quòd pignus acquiritur creditori pro debito, licet pignus valeat pluris, quam debitum. Non, inquam, adversatur. Quia justa est conventio, si convenerit; ut, quod ex pignoris venditione redegerit creditor, id omne sibi habeat, propter incertum eventum venditionis: sicut è contrario, ut si vel minimum redegerit, eo sit contentus in crediti vicem. *l. à Divo Pio. 15 §. si pignora. 3. ff. de re judicat. At non ita lex sive pactio commissoria in pignoribus admittitur. tot. tit. Cod. de pactis pignorum. & de lege commissor. in pign. rescind. Gothofred. ad d. l. ult. C. de distract. pignorum. Bronchorst. d. centur. 1. miscellanear. controvers. assert. 77. in fine.* Cur autem in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur, explicuimus in *§. emptio. 4. infra. de empt. & vendit. n. 6. & seqq.*

Dubitatur & controvertitur inter Doctores: an talis **221** pactio commissoria valeat, si non à principio, scilicet quando contractus celebratur, sed ex intervallo, post pignus datum, adjiciatur? Et valere censent Bartolus in *l. quamvis. 45. ff. de solutionibus & in l. Titius. 34. ff. de pignorat. actio. Guido Papa decis. 6. num. 2. Abbas Panormitan. in cap. significante. 7. de pignoribus num. 6. Neguzant. d. part. 4. num. 6. Mozzius in tract. de pignoribus & hypothec. c. de accidentalibus pignoris. num. 12. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 5. pag. 1081. cum seqq. & alii plerique. Verum contrarium ego veritati magis esse consentaneum, omninò existimo, cum recentioribus quibusdam magnæ auctoritatis Iureconsultis, Carolo Molinæo, in aliquoties allegato tractat. commercior. & usur. q. 52. num. 363. Antonio Fabro part. 1. de erroribus pragmat. decad. 21. error. 2. Mudæo in tract. de pignoribus c. de pacto legis commissor. num. 20. cum seqq. Bocero class. 12. Disput. 2. thes. 35. lit. B. edit. 2. Hackelmanno Disputat. question. illustr. 12. thes. 3. ad lit. A. Plebstio Disputat. 2. de jure iopico Wurtemberg. thes. 112. lit. B. edit. 1. Bachovio d. lib. 1. de pignoribus & hypothec. c. 16. num. 4. pag. 75. & aliis. Hæcque **222** sententia sufficienter probatur argumento *dict. l. quamvis. 45. ff. de solutionibus & d. l. ult. Cod. de pactis pignorum. &c.* qui textus generaliter & indistinctè loquuntur. Ergo nec nobis distinguendum erit. *l. de precio. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. 1. ff. de legat. præstant.**

Nechuic contradicit Marcellus in *d. l. Titius. 34. ff. de pignorat. act.* ubi respondit, valere pactum inter debitorem & creditorem interpositum, quo convenit, ut fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non solutam suâ die pecuniam distrahere pignus posset. Non enim Jurisconsultus loquitur de lege commissoria in pignore ex intervallo adjecta, nec de casuali aut conditionali pignoris venditione: sed de purâ datione in solutum, aut venditione tunc facta, cum jam in solvendo moram debitor contraxerat. Quæ species longè differt à nostrâ. Nemo siquidem negavit unquam, valere conventionem, si pro debito purè vendatur res, quæ antea obligata tantum erat *l. rescriptum. 12. ff. de distract. pignorum. l. in numerationibus. 44. ff. de solutionibus l. cum dominam. 13. C. de pignoribus & hypothec. latè & accurate Anton. Fab. & Molinæus l. c. proximè designatis.* Et sanè adeò ista pactio commissoria non subsistit, ut ne juramento quidem confirmari possit. *l. non dubium. 5. C. de legibus a. c. significante. 7. ibique Panormitan. ext. de pignoribus.* Quoniam juramentum **223** non debet esse vinculum iniquitatis, atque bonis moribus contrarium. *cap. 1. de jurejur. in 6. c. non est obligatorium. 58. de regul. jur. in 6. l. non erit. 5. §. sed si quis ff. de jurejur. Mozzius d. tract. de pignoribus & hypothec. cap. de accidentalibus pignoris. num. 9. Trentler. Disputat. 1. thes. 6. sub lit. d. volum. 2. & ibi in suis resolut. Hunnius quest. 44. pag. 69. cum seqq. Anton. Faber. d. part. 1. de erroribus pragmat. decad. 21. error. 8. Schifordegherus libr. 3. tract. 13. quest. 3. & Antonius Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 3. num. 4. & seqq. Quamvis contrarium, post alios, teneat Fachinæus libr. 10.*

controversiar. jur. cap. 73. §. Gutierrez. de juram. p. I. c. 33. num. 3. §. seq. Rittershusius d. lib. 3. different. jur. civ. §. Can. cap. 4. itemque novissime Bachovius d. lib. I. de pignoribus §. hypothec. 16. num. 1. 2. §. 3. p. 72. §. seqq.

226 Vocatur & hoc in controversiam: nunquid creditor ex pacto (quo placuit, eum non reddita sibi pecuniâ, rei oppignoratæ possessionem propriâ ac privata auctoritate occupare posse) & secundum conventionis legem ingredi possessionem queat? Sanè si creditor istâ conventionem, volente debitore, possessionem ingrediatur: vim facere non existimatur, arg. *l. pignoris caus. 11. C. de pignorat. it. act.* At si, repugante debitore, ingrediatur: vim facere censetur, & simul crediti jus amittit ex decreto Divi Marci. *l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. in possessionem. 5. C. ad leg. Jul. de vi public.* Idem quoque constitutum reperitur jure renovato Würtembergico, *part. 2. tit. 7. Von Unterpfsanden. §. Was für Pfsden und Beding in unterpfsanden statt haben. vers. Gleicherweissl. §. c. fol. 259.*

227 Cui sententiæ non refragatur textus in *l. creditores. 3. C. de pignoribus §. hypothec.* ubi Impp. Severus & Antoninus rescripserunt: creditores, qui non reddita sibi pecuniâ, conventionis legem ingressi possessionem exercent, vim facere non videri. Nam hæcenus dicuntur creditores hoc rescripto vim non facere, si duntaxat suâ auctoritate possessionem ingrediantur, cum id à debitore nominatim non impetrassent; non etiam, si vim corpori debitoris intulerint, ut *commodè expl. illic Don. n. 4.* Proindeq; istam *l. 3. de durante voluntate debitoris permittentis creditori rem auferre & occupare, accipiendam esse, benè censet Bachovius in tract. de act. disputat. 3. ad thes. 28. p. 114. vers. disputari hæc possit. §. c. item in not. ad Treutler. volum. 1. pag. 418.*

228 Sic non obstat; quod ab initio debitori placuit, id & invito eo fieri posse. §. 1. *supr. quib. alienare licet, vel non. l. de accessionib. 14. in fin. ff. de divers. temporalib. præscript. c. quod semel, 21. de reg. jur. in 6. l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constit. pecun. l. vero procuratori. 12. §. alia causa. 3. ff. de solutionib. item, dominum pati injuriam non videri, qui semel voluit. *l. in diem. 8. §. 1. ff. de aqua, §. aqua pluv. arcend.* Etenim prius rectè dicitur de eo, quod jure placuit: certè quod ita placuit, postea revocari non potest. Ast in conventionibus injustis hoc evenit, ut non mutatione voluntatis debitorum rescindantur; sed suâ sponte ab initio nullius momenti judicentur. Quod autem dicitur, invitum injuriam non pati, qui semel voluit: hæcenus verum est, si proponatur restantùm gesta esse invito eo, qui voluit, ut sit in *d. l. in diem. 8. §. 1. ff. d. tit.* Non idem statuendum est, si visei inferatur; quam bonæ leges omnes, ut bonis moribus, & publicæ utilitati inimicam, averfantur. *l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur. d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. si quis in tantam. 7. l. penultim. §. ultim. C. unde vi.**

230 Similiter non resistit *l. cum creditor. 55. ff. de furt.* ubi Ulpianus ait: creditorem, si rem sibi pignoratam auferat, contrectare seu furtum facere non videri. Nam furtum quidem non facit; quia dolo malo non contrectat rem; ad jus suum pertinentem: sed nihilominus vim facit. Itaque hac poenâ tenetur, ut crediti jus amittat: non tenetur poenâ furti, ut duplum præstet, aut quadruplum. *Donell. ad d. l. creditores. 3. C. de pignorib. §. hypothec. n. 2.* Nec huic solutioni quicquam detrahit, quod idem Ulpianus in *l. qui vas argenteum. 48. in princ. ff. de furt.* respondit: ei, qui furi vas argenteum furtivum abstulerat, adversus furem actionem in duplum concedi: nec eum jure suo privari; adeoque impunè sibi ipsi jus dicere. Primò enim respondetur: auferre eo in loco non significare per vim auferre, & propriâ auctoritate recuperare; sed remediis legitimis, ac jure ad hoc proditis, recipere. *Cujac. in d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. §. c.* Deinde non ineptè dici poterit: legem istam *48. ff. de furt.* accipiendam esse de fure, qui cum vase, quod abstulerat, aufugerit. Quem persequi, eidem rem ablatam extorquere, idcirco jura permittunt: quia melius sit occurrere in tempore, quàm post factum vindicare: quod serum sit, punire judicio, cum nulla amplius ultione aut remedio res salva præstari possit. *Junio. C. quando lic. uniusque sine jud. se vind.* Quam ean-

dem ob causam permissum est, debitorem cum re aufugientem sistere, eique debitum vi extorquere. *l. ait prator. 10. §. si debitorem. 16. ff. qua in fraud. creditor. facta sunt, ne restit.*

Præterea non adversatur *l. quemadmodum. 29. §. 1. ff. ad 23 1 l. Aquil.* ubi permittitur domino propriâ auctoritate, etiam judice non adito, quod in suo ædificatum est, tollere vel destruere. Quod enim traditur, non licere suum sine judice ab alio auferre: intelligendum est de eo, qui non possidet. Alioquin si quis rem possideret, & in eâ aliquid fieret: posset propriâ auctoritate, quod in suo positum vel factum est, destruere, aut rem occupare. *l. si in area. 33. ff. de condi. indeb. Costal. ad d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. eumque referens Bronchorst. cent. 1. in artio Qavov. assert. 39. edit. 1. §. explicuimus ad princ. t. infr. de act. num. 37.* Adde, quod is, qui destruit, quod in suo factum aut ædificatum est, propterea jure id facit: quia non alienum sed suum destruit. Namque ædificium alieno solo cedit: ac proinde dominus soli illud, utpote suum destruere & amoliri potest. *§. ex diverso. 30. supr. de rer. div. §. acquir. ipsar. domin.*

Non item movet *l. 1. §. 2. ff. quod legator.* ubi legatarius, 23a qui propriâ auctoritate, siue voluntate heredis, legatum occupavit, tenetur quidem interdicto; Quod legatorum, ut heredi possessionem rei legatæ reddat, quo is Falcidiam detrahat: sed tamen legatum non amittit. Idè namque non amittit legatum: quia id occupavit, antequam possessio legati per heredem apprehensa esset. Siquidem quamdiu heres non apprehendit rerum hereditariorum possessionem: censetur adhuc possessio vacare, & apud nullum existere. *l. 1. §. Scavola. 15. ff. si quis testam. lib. esse jussus erit, §. c.* Unde si legatarius post aditam hereditatem, & apprehensam possessionem rei legatæ, legatum occupet, aut subtrahat, legatum perdit. *l. non est dubium. 5. C. de legat. ibiq; gloss. Odofred. Cyn. Jacob Butrig. Bartol. Alberic. Bald. Angelic. Salicet. Alexand. Iason. & Dd. communiter. latè Gomez. tom. 1. var. resol. c. 12. de legat. num. 10.* Plura nostræ sententiæ quæ contrariari videntur, eleganter refellunt Donellus & Giphani. *ad d. l. 3. C. de pignor. §. hypothec. num. 6.* eosque secutus Paulus Berens *Disputat. 9. ad Instit. rhem. 4. quest. 3.* Eteadem de re fusissimè dissertat Negusantius in *tract. de pign. §. hyp. part. 4. principal. num. 8. §. mult. seqq.* Videantur quoque Hunnius in *resol. ut. disput. Treutler. 11. quest. 42. volum. 1. pag. 784. cum seqq. item volum. poster. disput. 13. th. 7. pag. 119. cum seqq. Wurm. lib. 1. obs. tit. 30. obs. 3. Joan. Jacob. Plebst. in Disput. nov. antiquis. disput. 2. th. 89. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 78. Knipschildt. d. exercit. Acad. 5. q. 14. pag. 144. D. Besoldus in *delibatis jur. ex libr. 20. ff. quest. 6. pag. 45. & D. Martinus Rümelin. part. Pandectar. disput. 10. th. 19. §. aliquot seqq. itemque exercit. 17. ad Instit. th. 14. sub lit. b. pag. 160.**

De pignoris & hypothecæ constitutione diximus hæc 23b nus, reliquum est, ut de ejusdem effectu breviter dispiciamus. Is autem vel in actione, quâ rem pignori datam persequimur; vel in jure distrahendi, præcipuè consistit. Actio, quæ competit, Serviana dicitur, & quasi Serviana; 23c à Prætorè Servio, qui primum eam edicto suo proposuit, sic appellata. §. item Serviana. 7. ibique Heigius num. 5. & Myns. num. 10. *infr. de act.* Donell. in *tr. de pignor. c. 11.* Serviana, est actio in rem prætoriam, quâ creditor de rebus coloni, quæ pignoris jure ei pro mercedibus fundi tenentur, experitur. *d. §. item Serviana 7. ubi gl. in verb. coloni. Schneidev. n. 21. §. ego n. 1. juncto §. sed ista. 3. infr. de act.* Quasi Serviana, est actio in rem, quâ creditor res, sibi pi- 23d gnori tacitè vel expresse obligatas non tantum inquilini, sed etiam quasvis alterius debitoris, persequitur. Quæ quasi Serviana, quia ad exemplum ejus introducta, interdum simpliciter Serviana. *l. 3. in princ. l. vel qua. 7. l. si debitor. 10. l. si ab eo. 18. §. l. si inter. 21. §. 1. ff. de pignor. §. hypothec.* interdum utilis Serviana. *l. aliquando. 13. §. 1. ff. ad senatusconsult. Vellejan. l. 1. C. communia de legat. nonnunquam actio hypothecaria. d. §. item Serviana. 7. infr. de actionib. §. sed olim 2. vers. nostra autem constitutio. supr. de legat. d. l. 1. C. commun. de legat.* quandoque abusive pignoratitia dicitur. *l. si Titio. 22. ff. de pignorib. §. hypothec. l. com-*

- 236 *muni.7. §.inter 12. ff. commun. divid. l. rem alienam. 41. ff. de pignorat. act. l. 3. est autem. ff. ad exhibend. l. duob. 19. §. l. penult. in fin. ff. de except. rei judicat. Donell. d. cap. 11. p. 141.* Ceterum creditorem Servianâ, vel quasi Servianâ, adversus extraneum possessorem, principali debitore nondum actione personali convento & excusso, experiri non posse, tralatitium est. *Novell. 4. cap. 2. ubi Cujac. Auth. sed hodie. C. de obligat. & actionib. Auth. hoc si debitor. C. de pignorib. & hypothec. D. Collega Bocer. class. 2. disputat. 12. thes. 73. edit. 2.* Si tamen possessor sit unus de heredibus debitoris vel fidejussoris: eum recte conveniri Servianâ, vel quasi Servianâ, etiam antequam personalis actio intentata fuerit, tradunt Glossa & Bartolus *in l. muliere. 19. ff. qui potior. in pignore, vel hypothec. habeant.* eosque referens Negusantius *in tractat. de pignorib. & hypothec. part. 8. membr. 1. num. 16.* Porro an & quatenus actio pignoratitia sit personalis, vel realis: an item actione pignorum possit adversus tertium possessorem agi, non obstante exceptione excussionis debitoris; accuratius, post alios à se relatos, explicat Valentinus Riemer. *decad. 13. quæst. illustr. 5. & 6.*
- 237 Cessante in solutione debitore, creditorem (sive de distrahendo pignore nominatim convenerit, sive non) distrahendi pignus, sibi que de precio satisfaciendi potestatem habere, clarissimi juris est. *l. si convenit. 4. ff. de pignorat. act. l. si cessante. 7. l. quæ specialiter. 9. l. si in hoc. 14. Cod. de distract. pignor. §. 1. C. de pact. pignor.* Quid verò dicendum, si de non distrahendo pignore convenerit: an propterea creditor illud distrahere nunquam poterit? Statim quidem vendere non potest: sed tamen post trinam denunciationem, non uno die, sed interposito 10. dierum intervallo, arg. *l. promissor. 21. §. 1. in fin. ff. de constit. pecun. l. ad peremptorium. 68. §. 1. seq. ff. de judic. testat. factam, l. creditor. 4. C. de distract. pignor. pignoris à debitore interim non redempti venditione creditorem uti posse. d. l. si convenit. 4. ff. de pignorat. act. l. debitor. 18. Cod. de administrat. tutor. vel curator. non expectata bienni metâ, probabilius est, d. l. 4. ff. de pignorat. act. d. l. si cessante. 7. C. de distract. pignor. Donell. *in tractat. de pignorib. cap. 12. Bronchorst. cent. 1. in avrio Pavâr. assert. 98. edit. 1. D. Bocer. class. 2. Disput. 12. thes. 77. lit. c. Hackelman. disput. 12. quæstion. illustr. thes. 13. Arumaus Exercitat. Iustin. 12. thes. ult.* Tamen si Doctores communiter reclamant, Accurs. Bartolus, & alii *in d. l. 4. ff. de pignorat. act. Alexand. Iason, & ceteri in l. debitorib. 31. ff. de re judicat. Schneidervin. & reliqui Interpp. pleriq. in §. contra autem credit. supr. quib. alien. lic. vel non. Negusant. d. tractat. de pignorib. & hypothec. part. 6. membr. 1. num. 4. Wesenbec. in Paratitl. ff. de distract. pign. n. 4. Colemus de processib. execut. part. 3. cap. 9. num. 99. Hartman. Pistoris lib. 3. quæst. 18. num. 9. & seqq. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. P. num. 116. Forster. junior. lib. 2. Disput. 11. thes. 6. & 7. itemque Andreas Gerhard. decad. 13. quæst. 5. & Althufius lib. 1. Dicaolog. c. 71. n. 19. & seq. pag. 244.**
- 238 Quorum opinionem haud juvat textus *in l. ult. C. de jure domin. impetrand. ubi* decidi per Justinianum autumant, non ante biennium, postquam debitori facta est venditionis denuntiatio, distrahi pignus posse, ubi de distrahendo nihil convenit. Etenim constitutio ista non de pignoris distractione, sed dominii impetratione disertè agit. Et certè ad quid tandem creditor rem pignoris jure possidebit, si tam longum tempus expectare jubeatur? Quid, si debitor non solvendo sit; annè idcirco jus suum ante biennium creditor non consequetur? Sententia profectò dura, & cum ex correctione legum æquissimarum pendeat, omnino non admittenda. Neque enim unquam creditur Imperator velle jus vetus, multis vigiliis excogitatum, corrigere; nisi specialiter & nominatim exprefferit. *l. si quando. 35. in princ. Cod. de inoffic. testament. l. precipimus. 32. in fin. C. de appellationib.* Prædicta itaque Justiniani constitutio ad eos duntaxat pertinet, qui jus dominii impetrare volunt in pignore: ut sit illius sensus; eos, qui dominii jus impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse: biennio autem exacto, non statim id posse facere; sed prius rem venum exponere, & distrahere debere, si licebit: sin ipinùs, tum deinde impetrare à Principe, ut res sive pignus jure dominii possideatur. Et hujus sententiæ hoc evidens

est argumentum: quòd Imperator initio ejus constitutionis profiteatur, se formam in dominii jure impetrando, & proscriptione publicâ, quæ olim fieri in eâ re consuevisset, immutare velle. Unde non efficitur, idem esse observandum eo in casu, quando quis non dominii jus impetrare, sed solum pignus distrahere vellet. Idque explicatius prosequitur acutissimus Donellus *d. tract. de pignorib. cap. 12. pag. 147. & Connan. lib. 4. Commentar. jur. civ. c. 18. n. 6. & 7.* Vide eâ de re noviter aliter sentientem & disputantem Valentin. Riemerum *decad. 9. quæst. illustr. 10. item Frantzkiu exercitat. jurid. 9. quæst. 10. pag. 288.*

Quia porro non rarò usu venit, ut pluribus creditoribus res eadem obligetur: disceptatio de jure prælationis (quod competit ob privilegium quoddam, vel temporis, vel personæ, vel rei sive causæ) existeret solet. Ob temporis privilegium quis præferatur, trita hac regula dilucidè indicatur: Qui prior est tempore, potior est jure sive in pignore. *l. interdum. 5. cum seqq. l. si pignus. 8. l. si & jure. 10. l. potior. 11. in princ. ff. qui potior. in pig. vel hypot. hab. l. 1. l. 2. in fin. l. si fundum. 4. l. si genera iter. 6. l. diversis. 8. cum l. seq. C. eod. l. quotiens. 98. ff. de reg. jur. c. qui prior. 54. de reg. jur. in 6. ibique latè Decius.* Unde vulgò talis circumfertur versiculus:

Tempore qui prior est, is quoque jure prior.

Tempus autem, ex quo prioritas hic æstimatur, non dicimus annum, non mensem, quin nec diem, sed potius penè & momentum: ut qui quantocunque tempore prior sit, etiam potior sit jure, quoad omnes effectus, per notata Baldi *in l. de reb. 13. n. 4. C. de donat. ant. nupt. Decius. cons. 689. in c. viso puncto. n. 2. & seqq. Gailii lib. 2. observ. 25. n. 3. eosq. referentis Bachovii in tract. de pign. & hypot. lib. 4. c. 1. n. 4. p. 290.* Æquitas istius regulæ in eo consistit: quia jus pignoris semel creditori quæsitum, facto debitoris deterius heri nequit. *l. debitorem 15. C. de pignor. & hypothec. D. Obrecht. disputat. 15. thes. 417.* Eademque regula locum habet in pignore tam judiciali. *l. si & jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab.* quàm prætorio. *l. 2. ubi Sichard. C. d. tit. dummodo ex diversis causis titulisque missio facta, & possessio prius occupata sit à priore, arg. l. u. cui §. si plures. 2. & §. qui prior. 3. ff. ut in possess. legator. & c. Cujac. n. paratitl. C. qui potior. in pignor. hab. & lib. 9. observ. cap. 37. Matth. Berlich. part. 1. concl. pract. 47. n. 2 aliquot. seqq. ubi id largius explicat.* Nec refert, an res generaliter, ad verò specialiter obligata sit. Siquidem etiam generalis hypotheca anterior præfertur speciali posteriori. *l. 2. ff. qui pot. in pign. vel hyp. hab. d. l. si generaliter. 6. C. eod. Mudens. ad tit. de pign. & hyp. c. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. n. 84. Gail. lib. 2. obs. 25. n. 4. Meyrer. in tr. de pig. & hyp. tit. 12. n. 2. Bronchorst. cent. 1. miscell. controuv. assert. 82. D. Besold. vol. 4. consil. 185. n. 34 & seqq. fol. 258.* Quia non minus generali oratione res singulæ obligantur, quàm si de singulis specialiter convenisset. Donell. *in tract. de pignorib. c. 14. p. 157.* Genus quippe omnes sub se complecti species, in confesso est, arg. *l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde jus pignoris priori per generalem obligationem acquisitum, facto debitoris, specialiter quædam postea obligantis, deterius fieri non potest. *l. si ignorante. 3. Cod. de remissione pignoris.* Sic è converso, qui priorem specialem hypothecam nactus est, eum, qui generalem, sed posteriorem habet, antevertit: quoniam tempore prior est, arg. *d. l. 2. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeantur. D. Obrecht. d. disput. 15. thes. 423. & seqq.* Illud sanè hic observandum: quòd prior creditor, qui habet specialem hypothecam & ipsi annexam generalem, & vice versâ, debeat prius excutere specialem, & si ex speciali ipsi satisfieri non possit, demum recurrere ad generalem. *l. 2. ubi Sichardus & Giphanius Codic. de pign. & hypoth. Matthias Berlichius conclus. pract. 46. n. 80. part. 1. Grivell. decis. Senatus Dolani 77. fol. 218.* Eâque de re, post Ant. Fabrum. lib. 6. conject. jur. cap. 12. & Hartmannum Pistor. lib. 3. quæst. 13. subtiliter & diligenter disferit Schifordegherus lib. 3. tractat. 12. quæst. 6. cum seqq. & Bachovius in not. & animad. ad Trentler. volum. 2. disput. 24. thes. 6. lit. E. vers. Sexta ampliatio. pag. 589. & seqq. Vide quoque Iohannem Baptistam Schwartzenhaler. in tractat. de pignoribus cap. 16. & Auctorem consilii Argentinens. 73. num. 6. volum. 2. fol. 1291; Neque verò solum privato

privato creditor hypothecarius, qui tempore est prior, praefertur; sed & Reipublicae. dict. l. si fundum. 4. Cod. qui potior, in pign. habeant. itemque fisco. l. si pignus. 2. §. l. ultim. ff. de tit. l. 2. Codic. de privilegio fisci. Hugo Donell. d. cap. 14. pag. 159. Dn. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 87. edit. 2. Hermannus Meyrer. in tractat. de preferent. creditor. lib. 2. tit. 3. num. 8. §. seqq. item tit. 4. num. 3. Petr. Nicol. Mozz. in tractat. de contractib. tit. de pignor. §. hyp. colum. 4. de naturalib. pign. §. hypoth. num. 27. item num. 42. §. seq. Bachovius dictis not. §. animadvers. ad Trentler. volum. 2. disp. 24. thes. 6. lit. E. pag. 587. §. seq. ubi regulæ præmissæ (quod prior tempore, potior sit jure) septem ampliationes recenset. Idem Bachovius d. tract. de pign. §. hypoth. lib. 4. cap. 4. §. seqq. pag. 301. cum multis seqq. Adde quoque Hunnium in resolut. ad Trentler. d. volum. 2. disp. 24. q. 38. §. seqq. pag. 597. §. seqq. ubi de pralatione fisci fusius dissertat. An porro inter creditores chirographarios fervandus sit ordo, sicut fit inter hypothecarios, diligenter declarat Joannes Grivellus decis. Senatus Dolani 27. fol. 85. §. seq.

- 247 Ob privilegium personale, impensæ funerum atque exequiarum omne creditum præcedunt. l. §. si quis. 14. §. 1. l. impensa. 45. ff. de religiof. §. sumptib. fun. l. quæsitum. 17. (quæ aliàs est l. 2. ff. de privileg. credit.) ff. de reb. auct. judic. possid. l. 1. §. de impensa. 19. ff. ad L. Falcid. l. ultim. §. in computatione. 9. Cod. de jure deliberand. Fürstlich Würtembergisch. Erneuert Landrecht. part. 1. tit. 75. pag. 209.
- 248 Wann der Schuldner/xc. Illudque ita cautum est propter publicam utilitatem: ne cadavera sive corpora defunctorum insepulta jacerent. l. sunt persona. 43. sub finem. ff. de religiof. §. sumpt. fun. Iason. in l. 1. ff. solut. matrim. n. 8. ibique Bartol. num. 26. ff. solut. matrim. Speculat. lib. 4. part. 3. tit. de sepult. §. unic. num. 13. §. ibid. Ioan. Andr. in addit. lit. e. §. f. Ioan. Garfias in tractat. de expens. §. meliorat cap. 8. num. 18. 25. §. seq. Negusant. tractat. de pignorib. §. hypothec. part. 5. princip. membr. 2. num. 28. Ioan. Köppen decis. 28. num. 15. Ioan. Mich. Beuther. tract. de jure pralat. part. 1. cap. 23. §. part. 2. cap. 29. §. novissime Berlichius conclusione practica. 44. de privileg. credit. §. jure pralationis. n. 23. part. 1.

- 249 Sed controversiâ non caret: an impensâ funeris creditori, non tantum hypothecam tacitam, sed etiam expressam anteriorem habenti, præferatur? Et impensam funebris creditori, expressam anteriorem habenti, non præferri scribunt Bald. Novell. in tractat. de dote. part. 10. colum. 11. limitat. 9. Negusant. d. part. 5. membr. 2. num. 28. Consult. constitut. Saxon. tom. 1. part. 3. quæst. 7. num. 40. Coler. decis. 200. num. 2. §. seq. part. 1. Trentler. volum. 2. disputat. 24. th. ultim. ibique in suis resolut. Hunnius quæst. ultim. p. 619. §. seq. Verum contrarium qui defendunt, rectius sentire arbitror, ver textum in d. l. impensa funeris. 45. ff. de religiof. §. sumpt. funer. ubi impensa funeris semper ex hereditate deducitur, & omne creditum solet præcedere,

- 250 cum bona solvendo non sint. Verbum autem omne, maxime si verbum semper, vel simile adjicitur, nihil excludit. l. si servitus. 23. ff. de servitutibus prædior. urbanor. l. à procuratore. 13. C. mandati. can. si Romanorum. §. dicendo verò
- 251 omnia. distinct. 19. Deinde impensam funeris vincere dotem, constat ex l. impensa. 18. cum l. sequente. §. l. sunt persona. 43. in fin. ff. de religiof. §. sumpt. funer. & docet, post Duarenium in l. 1. ff. solut. matrim. sub fin. Bachovius in not. §. animadvers. ad Trentler. d. vol. 2. disput. 24. th. ultim. lit. B. vers. aut in funus. pag. 612. §. lit. G. vers. §. qui in funus. pag. 626. §. sequente. item d. tract. de pignorib. §. hypoth. lib. 4. cap. 11. num. 3. pag. 327. §. seq. Idemque tradit Surdus decis. 255. eumque referens Ioan. Baptista Costa in tract. de remed. subsidiar. remed. 83. num. 2. fol. 145. Tametsi dissentiat Donellus in l. 7. §. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pignor. hab. eumque laudans Hunnius in resolut. ad Trentler. volum. 2. post. disput. 24. quæst. 47. pag. 596. §. seq. item quæst. 56. pag. 619. Dotem verò vincere hypothecam expressam, etiam anteriorem, ostendetur infra num. 260. §. seqq. Quare multò magis impensa funeris vincet hypothecam expressam anteriorem: quoniam (ut proverbium habet) si vinco vicentem te: multò magis vinco te jam devictum, argument. l. de accessionibus. 14. §. §. si

mibi. 3. ff. de divers. §. temp. præscript. Præterea in d. l. §. 252 si quis. 14. §. 1. ff. de religiof. §. sumpt. funer. Ulpianus ait: si colonus vel inquilinus mortuus sit, & delit, unde funeretur: ex invecitis & illatis eum funerandum esse. At res coloni invecitæ non prius tenentur, quam sint expressè obligatæ, l. eo jure. 4. in princ. ff. in quibus caus. pign. vel hypothec. tacit. contrah. l. erit juris. §. C. de locato. §. fusius ostensum supra num. 19. Jure insuper Saxonico & Würtembergico dubium non est ullum, quin impensa funeris omnibus omnino creditoribus, etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, per constitutiones Augusti Elect. Saxon. part. 1. constit. 28. post princip. juncto §. nach jetztberührten Schulden/xc. Fürstlich Würtemberg. Erneuert Landrecht. d. part. 1. tit. 75. §. Wann der Schuldner. juncto §. folgendes sollen. pag. 209. §. seq. Atque ita in terminis concludunt Ioan. Michael Beuther. d. tract. de jure pralat. part. 2. c. 9. post princ. vers. non ab expresso pignore, §. c. D. Obrecht. d. Disp. 15. th. 476. cum seqq. Ioan. Garfias d. tr. de expens. §. meliorationib. c. 8. n. 23. post pr. vers. quod verò attinet ad differentiam. n. 24. cum seqq. Meyrer. d. tract. de preferentiis creditor. lib. 2. tit. 2. n. 6. §. 11. item Berlichius d. conclus. practica. 44. num. 25. §. seqq. part. 1. §. noviter. Otto Henricus Mylius in tract. de pralat. creditor. clas. 4. Caterum impensæ & sumptus funeris accipiuntur, quæcunque corporis causa, puta unguentorum, erogata sunt; & precium loci, ubi defunctus humatus est; & si qua vectigalia sunt, quæ in itinere præstantur, dum corpus ex uno loco in alium defertur: item sarcophagi, & vestiaria; & quæcunque corporis causa, antequam sepe-liatur, sunt consumpta. l. funeris sumptus. 37. ibique Gothofred. ff. de religiof. §. sumpt. funer. Cujac. lib. 11. observat. 21. Garfias. d. c. 8. num. 1. 2. 15. §. seq. Andreas Burchard. in dissertat. de pignoribus §. hypothec. sect. 7. conclus. 2. Sanè vestes lugubres, puta fascias sericas, & pepla, quæ cognatis defunctorum, & aliis nonnullis, tam viris, quam fœminis, funus comitantibus, de more dari solent, & illa, quæ in defunctorum convivium paranda cœmpta sunt, impensarum funebrium nomine contineri, & ante omnia exsolvi debere, meritò negatur. d. l. §. si quis. 14. §. hac actio. 6. §. l. funeris sumptus. 37. ff. de relig. §. sumptibus funer. Garfias d. c. 8. num. 17. §. seq. Berlichius d. conclus. 44. n. 29. §. seqq. Tametsi hodie multis in locis aliter observetur: & ejusmodi vestes, & alii sumptus, inter impensas funerum recenseantur: nec non modus in illis servandus, secundum dignitatem & quantitatem patrimonii defuncti, arbitrio judicis relinquatur, arg. dict. l. §. si quis. 14. §. hac actio. 6. vers. æquum enim. §. §. judicem. 10. ff. de religiof. §. sumpt. funer. Daniel Moller. ad Constitut. Saxon. part. 1. d. constit. 28. num. 9. §. seqq. Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. quæst. centur. 2. cas. 127. num. 12. Beuther. d. tractat. de jure pralat. part. 1. cap. 23. in med. vers. sin voluptuarii, &c.

Impensis autem funebribus rectè annumerantur sumptus Medicis, Chirurgis, atque Pharmacopolis præstandi, & in mortui valetudinem facti, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias hereditatis causas impensi. Hi quippe etiam ante omnia solvendi sunt. l. in restituenda. 4. ubi Bald. C. de petit. hered. l. legatum. 3. C. de relig. §. sumpt. funer. d. l. ult. §. in computatione. 9. ubi Iason. Cod. de jur. deliber. D. Obrecht. d. disp. 15. thes. 479. Nicol. Mozz. in tract. de pign. §. hypoth. cap. de naturalib. pignor. num. 70. Ioan. Molonius, in lucubrationib. de jure pralationis. part. 2. num. 3. pag. 33. Berlichius d. conclus. 44. num. 35. §. aliquot seqq. ubi, post alios, amplissimè ea de re disputat. Idem de mercedibus servorum, famulorum, ancillarum & mercenariorum hodie receptum putatur. Fürstlich Würtembergisch ernuert Landrecht. d. part. 1. tit. 75. pag. 209. §. Wann der Schuldner. in fine dd. Constit. Augusti Elect. Sax. part. 1. constit. 28. post princ. ibique Daniel Moller. num. 8. §. seq. Matth. Coler. decis. 200. num. 6. cum seqq. part. 1. Ioan. Köppen decis. 28. n. 13. Hartm. Pistor. part. 1. quæst. 8. Wesenb. in Paratitl. ff. de privil. cred. n. 5. circa fin. D. Obrecht. d. disp. 15. th. 480. Georg. Rotschütz. in tract. de dotal. c. 26. num. 61. Plebst. in Disput. novantiquis disp. 1. latè Berlichius d. conclus. 44. n. 5. §. multis sequentibus.

Propter

257 Propter causæ favorem, posterior potior est prior, qui pecuniam nominatim credidit ad reficiendam vel conservandam rem, pignori tacite vel expresse obligatam. l. creditor. ff. de reb. credit. l. interdum. 5. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. Novell. 97. cap. 3. Gail. lib. 2. observ. 25. num. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 91. lit. b. edit. 2. fusissime Berlichius part. 1. conclus. practicab. 46. num. 42. & aliquot seqq. Huiusque in promptu est ratio: quia ejus pecunia reliquis creditoribus omnibus salvam fecit totius pignoris causam. Nisi enim ipse credidisset: res oppignorata periisset. At quia credidit, & ita conservando pignus aliis profuit, merito prælatione gaudet. l. huius. 6. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. habeant. D. Obrecht. 259 disputat. 15. thes. 463. Hotoman. consil. 91. num. 9. Sic favor causæ & personæ pupillaris suadet: ut pupillus in re, ex pecunia suâ comparatâ prior habeatur. l. idemque. 7. ff. d. tit. quia illi tacite obligata intelligitur. l. penult. C. de servo pignori dato. D. Bocer. d. Disputat. 12. thes. 91. lit. C. Neque in hoc ulla fit injuria prioribus creditoribus: quoniam si ea res pecuniâ pupilli non fuisset comparata: in bonis debitoris non esset. Itaque invidere pupillo non debent, ut precium, quod sibi abest, in primis ex re emptâ recuperet: præsertim cum superfluum reliquorum creditorum commodo cedat, argument. dict. l. interdum. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habeant. Donell. in tract. de pignoribus cap. 14. pag. 165. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 471. & seq. Meyrer. d. lib. 2. tit. 7. num. 3. & seqq. Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 24. thes. ult. lit. D. pag. 617. & seq. itemq. in tract. de pign. & hypothec. lib. 1. c. 12. num. 4. pag. 54. & seq. Quod ipsum de omnibus aliis est pronunciandum, quorum nummis res emptâ est, & statim specialiter obligata. l. licet. 7. ubi Sichard. num. 8. C. qui potior. in pignore habeant. Negusant. in tract. de pign. & hypothec. part. 5. membr. 2. num. 17. & seq. Gail. d. lib. 2. observ. 12. num. 3. & 4. Mozzius in tract. de pign. & hypothec. C. de naturalib. pignor. num. 45. Hartman. Pistor. part. 3. quest. 15. per tot. Andr. Rau hbar. part. 1. quest. 5. num. 2. & seqq. Daniel Moller. ad Constit. 28. num. 73. & part. 3. constit. 21. num. 31. & seq. Beuther. de jure prelat. part. 1. cap. 19. 21. 55. & 56. Beust. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 968. fol. 662. pluresque alii, quos refert & sequitur Berlichius d. conclus. 46. num. 50. & seqq.

260 Mulierem in persecutione dotis, vigore tacitæ hypothecæ, omnibus creditoribus, sive hypothecarii expressi vel taciti, sive personaliter privilegiati, sive chirographarii fuerint, præferri, extra controversiæ aleam est positum. l. unic. §. sed ut plenius. 1. & seqq. C. de rei uxor. act. l. in rebus. 30. Cod. de jur. dot. l. assiduis. 12. sive ult. C. qui potior. in pign. habeant. §. fuerat. 29. infr. de actionibus Ioan. Petrus de Ferrariis Papiensis in sua Practicâ, in forma libelli, quo uxor agit ad dotem & usumfr. §. coram vobis. num. 1. & 9. Covarruv. lib. 1. variar. resolut. cap. 1. num. 1. in med. vers. secunda conclusio. & vers. seq. Ioan. Köppen. decis. 28. num. 29. Mynsing. centur. 4. observ. 13. num. 2. Alexand. consil. 88. num. 5. lib. 7. Zobel. part. 1. differ. 49. num. 2. Beuther. d. tract. de jure prelat. part. 1. c. 35. & c. 75. in princ. Cujac. in exposit. Nov. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus, &c. Sedan mulier ratione dotis indistinctè omnibus creditoribus, non solum tacitam, sed etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus, præferatur, mirificè digladiantur Interpretes? Et eam his creditoribus non præferri, putant Bartolus in l. idemque. 7. ff. qui potior. in pign. vel hypothec. hab. in princip. vers. primò quia nec mulier, &c. & in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 6. in med. vers. tertii dicunt, quòd mulier, &c. Bald. ibid. num. 9. & in autb. sed jam necesse C. de donat. ante nups. num. ult. Iason, Nicasius, Gomefius, Zasius, Heigius, Hotoman. Schneidevvinus, Wesenbec. & Donellus in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus & idem in tractat. de pignor. cap. 14. & ad d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. num. 4. & seqq. Negusant. d. tractat. de pignoribus & hypothec. part. 2. membr. 4. num. 98. in med. & part. 5. membr. 2. num. 23. sub fin. Mozz. cod. tract. c. de naturalibus pignor. num. 59. vers. quòd declarata, &c. Gail. d. lib. 2. observat. 25. num. 10. Covarruv. libr. 1. variar. resolut. cap. 7. num. 1. Practic. Papiens. in d. forma libelli, quo agit uxor ad dotem & usumfr. §. coram

vobis. num. 9. in med. Nicol. Everhard. in loco, à fisco ad dot. num. 2. Coler. de processibus execut. part. 1. cap. 2. num. 186. & num. 219. item part. 2. cap. 3. num. 276. idem part. 1. decis. 57. num. 6. & part. 2. decis. 270. num. 1. Daniel Moller. ad dd. constitut. Saxon. part. 1. constitut. 28. num. 33. Rauchbar. part. 2. quest. 30. num. 4. & seq. Henning. Gæden. consil. 99. num. 14. & consil. 100. num. 3. Ioach. Scheplitz. ad consuetud. March. part. 3. tit. 2. §. 24. quest. 1. num. 3. Ioan. Köppen decis. 28. num. 29. & seq. Bernhard. Grævus lib. 2. practicar. conclus. 25. num. 1. Francisc. Ripa in l. quasitum. 17. ff. de privileg. credit. num. 2. Hackelman. illustr. quest. Disputat. 12. thes. 12. lit. a. Dn. Collega Besold. class. 1. Collegii Politic. Disputat. 10. coroll. 9. & in delib. jur. ex lib. 26. ff. quest. 5. pag. 44. Schickard. Disputat. 12. ad Instit. thes. 7. lit. d. & resolut. quest. 2. Horumque opinionem expresse confirmavit non solum jus Saxonicum. Novell. Elect. Augusti. part. 1. constit. 68. post princ. vers. allen andern Gläubigern / so nicht ältere ausdrückliche Verpfändung haben / c. sed etiam jus renovatum Würtembergicum, part. 1. tit. 75. pag. 210. §. volgendes sollen. vers. es sollen auch die Frauen / c. Verum contrariam sententiam, tanquam 262 in puncto juris veriolem, post Martinum, Glossatorem veterem, amplectuntur Socinus junior in l. 1 ff. solut. matrim. num. 115. Bald. Novell. tract. de dote. part. 10. num. 1. & 2. Beust. ad d. l. admonendi 31. ff. de jurejur. num. 968. pag. 665. vers. sed an mulier præferenda sit, &c. Ant. Faber. libr. 8. conjectur. jur. civil. cap. 11. cum seq. & part. 1. de erroribus pragmat. decad. 6. error. 2. Cujacius in Parat. C. de privileg. dot. in princ. & sub fin. in expositione Novell. 97. post princ. vers. mulier præfertur omnibus creditoribus, &c. & lib. 3. not. ad animadvers. Robert. c. 14. & ipse Robert. d. lib. 3. animadvers. c. 14. & lib. 3. notar. ad notata Mercat. c. 14. Ioan. Garfias in tract. de expens. §. meliorat. c. 8. n. 25. Vaudus variar. question. lib. 1. quest. 21. Fachinaus lib. 3. controvers. jur. part. 1. c. 99. Bronchorst. cent. 2. évaytio pavov. assert. 19. edit. 1. Anton. Guibert. in Comment. de dotibus c. 7. num. 5. & seqq. Vanderax. in tract. de privileg. creditor. c. 4. Mudau in tract. de pignoribus cap. quib. mod. pig. num. 97. Vaconius à Vacuna lib. 6. declarat. cap. 92. num. 2. & seqq. D. Bocer. class. 2. Disputat. 12. thes. 97. edit. 2. Treutler. Disputat. 24. thes. 7. lit. B. vol. 2. ibique Bachovius in suis not. pag. 604. & seqq. itemque d. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 12. pag. 329. & seq. Arumaus exercitat. Iustin. 15. parerg. 1. D. Obrecht. Disputat. 15. th. 440. cum multis seqq. Georg. Martinus in suis contrar. Disput. 4. thes. 8. Paul. Berens disputat. 9. ad Instit. them. 4. quest. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. quest. 4. pag. 962. & seqq. item in resolut. ad Treutler. volum. poster. disp. 24. thes. 7. quest. 43. pag. 587. & seqq. Meyrer. in tractat. de præferentiis creditor. lib. 2. tit. 5. num. 5. Coras. num. 8. Vultejus num. 10. Vjillus num. 52. & seqq. Schilbock. Borholt. Anton. Matth. & Mynsinger. num. 12. in d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus & idem cent. 4. observ. 19. ubi in Camera judicio ita in causa appellationis inter Episcopum Saltzburgensem & Oertnerum aliquando decisum, testatur. Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. D. num. 305. & seq. ubi huic sententiæ favere praxin generalem, optimam rerum magistram, affirmat. Beuther. in tract. de jure prelat. part. 1. cap. 35. post. princ. & part. 2. cap. 37. ubi in Camera Imperiali ad hunc usque diem ita pronunciare autumat: & Matthias Berlichius d. part. 1. conclus. practicabil. 45. de prælatione dotis. num. 6. & seqq. ubi eandem sententiam sibi veriolem, communiolem, & fundamentis juriū magis consentaneam videri, asserit. Quibus omnibus novissimè adstipulantur Antonius Merenda lib. 3. controversiar. jur. cap. 9. num. 2. cum seqq. pag. 172. cum seq. & lib. 6. c. 32. num. 467. cum seq. & Knipschilde d. exercitat. Acad. 5. quest. 8. pag. 183. & seqq. nec non Paul. Christinæus vol. 6. practicar. question. decis. 51. num. 8. & seqq. fol. 121.

Eaque sententia luculenter probatur per textum elegantem in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. hab. ubi primò generaliter, nullâ distinctione inter tacitam & expressam hypothecam adhibita, dicitur: quòd mulier omnibus creditoribus anterioribus præponatur. Atqui ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

l. de precio. 8. ff. de public. in rem act. l. 1. §. generaliter. ff. de legat. præstand. Deinde in *d. l. assiduis.* Justinianus Imp. ait, tale se prælationis beneficium mulieri in hypothecâ concedere, quale olim in personalibus habuit actionibus. At in his, omnibus creditoribus, prioribus & posterioribus, prælata fuit. *l. quasitum. 17. §. ult. cum 2. ll. seqq. ff. de rebus.*

264 *auctor. jud. possid.* Tertio ubi eadem ratio, ibi eadem est juris dispositio. *l. illud. 32. ff. ad l. Aquil. l. à Titio ita stipulatus. 108. sub sine princ. ff. de verb. obligat.* Ratio autem assignata in *d. l. assiduis. 12. in princ. vers. nec ad fragilitatem* & *§. 1. vers. quis enim earum, &c. C. qui potior. in pign. hab.* (quod scilicet hoc privilegium mulieri, ob fragilitatem sexûs muliebri, ob partûs periculum, obsequia maritò præstita, & ipsam liberorum procreationem, sit indultum) æquè locum habet contra expressas anteriores, ac

265 tacitas hypothecas. Quarto mulier antepositur creditori, eumque superat cujus pecuniâ res empta aut reparata est. *Novell. 97. cap. 3. auth. quo jure. C. qui potior. in pign. hab.* Sed creditorem istum quibuscunque creditoribus, quamlibet anterioribus, & expressæ hypothecæ jus habentibus præponi constat. *l. interd. 5. cum l. seq. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. l. licet. 7. C. eod. tit. l. creditor. 25. ff. de reb. credit.* Multò igitur magis mulierem excludere illos, dicendum est, *argument. l. de accessionibus. 14. §. et si mihi. ff.*

266 *de divers. & temp. præscript.* Quintò hanc assertionem firmissimè probat textus in *l. satis notum. 4. Codic. in quibus caus. pignus, vel hypothec. tacit. contrahit.* ubi fiscus in causis primipilaribus prius universas viri facultates excutere, & omnibus creditoribus viri, etiam expressam anteriorem habentibus præferri debet, quàm ad dotem mulieris perveniatur. Si itaque hoc in casu doti mulieris parcitur, & prius aliorum creditorum, etiam expressam anteriorem habentium jura excutiuntur: utique mulier potius jus reliquis creditoribus etiam expressam anteriorem habentibus, obtinebit: quoniam semper is, qui habet jus debilius, prius debet excuti; deinde is, qui habet jus fortius.

267 Sextò facit huc non parum textus in *l. ubi adhuc. 29. post princip. C. de jure dot.* ubi mulier omnibus creditoribus etiam anterioribus præfertur: nisi aliqui potiora jura legibus habere noscuntur. Nullibi autem in toto jure, quòd ego sciam disertè reperitur; quòd creditores, expressam anteriorem habentes, mulieri præferantur.

268 Septimò eodem confert textus in *l. in rebus. 30. C. d. tit.* ubi nemo creditorum mariti, qui anteriores sunt, potest mulieri præferri in rebus dotalibus, sed mulier in his vindicandis omnem prærogativam habet. At dispositio universalis, imprimis verò geminata, vel sæpius repetita, nihil omnino excludit, *ar. num. l. si servitus. 23. ff. de servitutib. præd. urbanor.* Postremò mulier non solum hypothecâ, sed etiam singulari prælationis privilegio nititur.

270 Proinde non est absurdum: eam præferri aliis, qui solâ hypotheca nituntur. Et certè favore dotium multa esse recepta, contra juris rationem, jure singulari, perspicuum est ex *l. si ego. 9. §. 1. vers. benignius est favore dotium. ff. de jure dot. & d. §. fuerat. 29. infr. de actionibus.*

271 Nec officit quicquam huic conclusioni: quòd Just. Imp. in *d. l. assiduis. 12. §. 1. Cod. qui potior. in pign. habeant.* uxorem præferat illis creditoribus, qui privilegio temporis sunt vallati. At verò illi, qui expressam habent hypothecam, non sint temporis privilegio muniti, nec hypothecam suam habeant ex privilegio, sed ex jure communi, nempe ex conventionione. Etenim respondetur in *d. l. assiduis.* eum dici temporis privilegio vallatum seu munitum, qui priorem & antiquiorem habet expressam hypothecam, vel qui habet in conventionali hypotheca prærogativam temporis. Hæc quippe temporis prærogativa expressè privilegium temporis appellatur, in *l. si eo jure. 10. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. habeant.* Et probè notandum: quòd Justinianus non simpliciter loquitur de illis creditoribus, qui privilegio sunt vallati; sed de iis, qui temporis privilegio sunt vallati. Per hoc autem temporis privilegium non potest aliud intelligi, quàm prærogativa temporis, quâ creditores tempore priores cæteris præferuntur. *Hunn. dict. resolut. ad Treutler. volum. poster. disput. 24. th. 7. quest. 43. pag. 191.*

272 Pariter non obstat; quòd Justinianus in *d. l. assiduis. 12.*

§. 1. vers. & ideo C. qui potiores in pign. hab. scribit: se id; quòd antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, pleno juris articulo consummare. Atqui veteres cœperunt mulierem præferre aliis tantum privilegiariis creditoribus: proindeque Justinianus id solummodo consummavit, atque mulierem omnibus creditoribus privilegiariis prætulit. Respondetur enim: Justinianum consummasse, quòd veteres cœperunt, non verò perfecerunt. Cœperunt autem veteres mulierem præferre creditoribus hypothecariis: nec tamen omnibus prætulerunt; sed duntaxat illis, qui tacitam habuerunt hypothecam anteriorem. Quare Justinianus illud consummavit suâ constitutione, atque sancivit, ut omnibus nunc creditoribus hypothecariis, etiam expressam hypothecam habentibus, mulier præferatur. Adhuc, quamvis poneretur antiquitatem incepisse mulierem antepone re creditoribus tantummodo privilegiariis. Justinianus tamen hoc ita consummavit; ut nunc omnibus creditoribus, etiam hypothecariis, anteponatur. Tum quia in *d. vers. & ideo.* Imperator aperte dicit, quòd antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulerit, se pleno juris articulo consummasse. Tum quia testatur Imperator expressè: se sua istâ constitutione dedisse mulieri potiora jura, contra omnes mariti creditores. licet anterioris sint temporis privilegio vallati. *d. §. 1. ibi, potiora jura, &c. Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 3. part. 5. q. 4. vers. non refragatur tertio, &c. pag. 963. & seq.* Non item adversatur quòd creditoribus jus hypothecæ semel quasitum, non sit auferendum, *arg. l. ultim. ff. de pact. l. 2. §. merito. & §. si quis à princ. 16. ff. ne quid in loco publ. l. id, quòd nostrum. 11. & l. non debet. 74. ff. de reg. jur. cum similib.* Nam illud verum & procedit in jure jam quasito secus in quærendo, & sic in jure futuro. Hoc autem privilegium dotis non nocere creditoribus, qui jam ante legem promulgatam anteriorem hypothecam expressam habent, sed tantum futuris, manifesto sancitum est. in *d. l. assiduis. 12. §. ult. C. qui potior. in pign. hab. Berlich. d. concl. 45. n. 16.* Sed & hoc respondetur: creditoribus jus hypothecæ, quòd sibi paciscendo compararunt, non auferri: sed id illos retinere: ut maximè prælationem, quam pacti non sunt, non habeant. Hæc enim solius legis beneficio conceditur; & hujus quoque arbitrio jam ex tempore, jam ex causa credendi consideratur. Neque est, quòd creditores mulierem accusent: cum non illius, sed mariti ejus fidem ac substantiam secuti sint: sed potius suam accusent negligentiam: quòd hypothecam, quam cavendo sibi acquisiverunt, vigilando & in tempore hypothecariam exercendo non conservarint. *Dn. Obrecht. d. Disp. 15. th. 448. & seq. Benth. de jure prælat. part. 2. cap. 35. post pr. vers. profecto. non est, quòd creditores, &c.*

Sic quoque nihil movet; quòd in causa pignoris sit eadem 274 fisci & mulieris ratio. *l. quamvis. 2. Cod. de privil. fisc.* Fiscus autem creditori anteriori expressam hypothecam habenti postponatur. *l. si pignus. 8. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habeant. l. si fundum. 4. Cod. eod.* Etenim primò dici poterit: dictam *l. 2. Cod. de privil. fisc.* hodie abrogatam esse, per *d. l. assiduis. 12. Cod. qui potior. in pign. habeant.* ita ut hodie mulier etiam fisco, quantumvis priori, præferatur. Ait enim ibi disertè Justinianus: mulierem potiora jura habere contra omnes mariti creditores. Ita sentit Donell. in *Comm. ad d. l. assiduis. 12. n. 2. ibi, nam quòd scriptum est, &c.* prout eum refert Berlichius *d. part. 1. conclus. 45. num. 11. ad finem.* Deinde dicendum: dotem pluribus & majoribus privilegiis cohonestatam esse, atque est ipse fiscus: imò mulierem in causa dotis potiorē esse fisco, ostendimus in *d. §. fuerat. 29. infr. de actionib. n. 17. ubi & alia contraria opinionis argumenta confutavimus. Vide de eadem questione accuratissimè disputantem Iustum Mejerum, in tract. de mulieris hypotheca, in dotis repetitione, th. 50. & seqq.* Illud hîc addendum: quòd privilegium tacitæ hypothecæ & prælationis, mulieri ratione dotis competens, nec à tempore promissæ, nec à tempore numeratæ dotis, sed à die nuptiarum, à tempore contracti atque consummati matrimonii incipiat, per textum expressum in *l. 1. ff. qui potior. in pign. vel hyp. habeant. Anton. Negus. in tract. de pignorib. & hypoth. part. 2. princip. membr. 4. num. 80. Gail. lib. 2. obs. 86. num. 3. Jacob Thoming. decis. 36. hosque laudans Berlichius part. 2.*

part. 2. conclusio. practica. conclus. 30. num. 7. pag. 666. & seq. Vide quoque Hunnium in resol. ad Treutler. vol. post. disputat. 24. th. 7. quest. 41. vers. sed hic dubitatio subornur.

276p. 58. & seq. Addendum hoc loco & illud: quod mulier privilegio praelationis (quod ipsi tributum est à Justiniano in d. l. assiduis. 12. C. qui potior. in pign. habeant.) etiam sine iuramento renunciare possit, per textum expressum in l. etiam constante. 11. §. 1. jubemus. 21. C. ad Senatusconsult. Vellejan. Huiusque ratio aperta est: quia praelationis & hypothecarum jus solius mulieris favore est introductum, ut constat ex d. l. assiduis. Atqui favori suo ac beneficio renunciare nemo prohibetur. l. penult. C. de pact. Quod tamen hodie ex Novellâ Justiniani constitutione temperamentum accepit: ita utrum demum efficaciter renunciet prædicto hypothecarum & praelationis beneficio mulier, quando maritus alia bona habet, è quibus mulier consequi & obtinere sua bona queat: ne tali renunciatione omnimodò suâ dote defraudetur, Auth. si ve à me. C. ad

277 senatusconsult. Vellejan. & Nov. 61. cap. 1. Idque proculdubio propterea est receptum: quoniam & publicè interest, mulieribus dotes suas esse salvas, propter quas facilius nubere possint. l. 2. ff. de jure dot. l. 1. ff. solut. matrimon. Sed utrum temperamentum istud etiam in juratâ renunciatione

278 ne locum habeat, non usque adeò expeditum est? Equidem de jure civili Cæsareo dicendum erit: non valere juratam illam renunciationem; quando ex aliis mariti bonis uxor dotem suam consequi nequit: quia alioquin iuramentum legibus & constitutionibus Imperialibus contrarium foret: cujusmodi iuramentum non valere, plusquam manifestè relucet ex l. juris gentium. 7. §. 3. & generaliter. 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. §. C. de legib. Ceterum jure canonico illud statuendum videtur: siquidem eo jure omnia iuramenta, legibus etiam civilibus contraria, dummodò conscientiam non lædant, nec in alterius detrimentum, aut salutis æternæ dispendium vergant, servari debere, expressis Pontificum decretis & canonibus cautum est. c. cum contingat. 29. in fine. ext. de jurejurand. c. quamvis. 2. ext. de pact. in 6. Et ita quoque tradit Hunnius in resol. ad Treutler. d. volum. poster. disput. 24. th. 7. quest. 54. pag. 610. ubi subiicit: in hac juris civilis & canonici pugna palmam juri Cæsareo offerendam esse.

279 Porro inter creditores, ille qui instrumentum habet publicum, putà coram iudice ordinario, vel coram Notario & testibus confectum, & in eo hypothecam omnium bonorum debitoris, anteponi debet habenti instrumentum privatum, & in eo hypothecam, quantumvis priorem. l. scripturas. 11. cum auth. seqq. C. qui potior. in pign. habeant.

280 Huiusque expedita ratio est: quia privata scriptura contra tertium nihil probat. l. instrumenta. §. l. rationes. 6. l. ex empto. 7. C. de probationib. Et rectè sanè: siquidem in privatâ scriptura dies obligationis in fraudem anteriorum creditorum facile proferri posset. D. Obrecht. d. Disputat. 15. thes. 481. Meyrer. in tract. de pignorib. & hypoth.

281 titul. 13. num. 9. & seq. Si tamen privata scriptura subscriptione trium testium idoneorum firmata esset, aliud censendum est: quia tunc, si tempore prior sit, meritò posteriori hypothecæ publicæ præfertur: cum eo casu suspicio fraudis & doli cesset; adeoque instrumentum privatum cum instrumento publico parem firmitatem obtineat. d. l. scripturas. 11. in fin. ibique Baldus num. 10. Cod. qui potior. in pign. habeant. Novell. 73. cap. 1. & 2. Ant. Negusant. in tract. de pignoribus & hypothec. part. 5. membr. 2. num. 8. & latius num. 47. & seq. Donell. in eod. tractat. cap. 14. in fine. Coler. de processibus execut. part. 3. cap. 1. num. 125. Petr. Frider. libr. 2. de mandat. cap. 66. num. 6. Althusius lib. 1. Dicaolog. cap. 73. num. 26. pag. 252. Beust. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. num. 968. pag. 659. D. Boeer. class. 2. Disputat. 12. thes. 93. ad lit. b. edit. 2. Benther. d. tract. de jure pralat. part. 2. cap. 18. & noviter Berlichius d. part. 1. conclusio. practica. conclus. 46. num. 17.

282 Sed & licet nulla privata scriptura confecta sit: tamen, si constitutio hypothecæ, & quo tempore facta sit, testibus probari possit: creditor tempore prior præferri debet creditori posteriori, hypothecam publicam habenti: quoniam non minorem fidem faciunt testes, quàm instrumen-

tum publicum. l. in exercendis. 15. Cod. de fide instrument. Atque ita, post Calcanem consult. 29. num. 15. docuit Andreas Gail. lib. 2. observat. 25. n. 10.

Superest, ut de pignoris dissolutione paucis videamus. 283 Primò autem solvitur pignus solutione debiti integrâ. l. item liberatur. 6. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. action. l. quamdiu. 8. Cod. de distract. pignor. Fürstl. Würtembergisch. Ernerwertlande recht. part. 2. titul. 7. pag. 257. §. Wann der Schuldner/2c. Hartman. Pistoris. lib. 3. quest. 12. sub num. 6. & 9. Nec refert, an ipse debitor, an verò alius ejus nomine solverit: cum unusquisque pro ignorante etiam & invito debitore solvere possit. l. solvendo. 39. ff. de negot. gest. l. solvere. 53. ff. de solutionibus. Quòd si oblatum debitum creditor accipere planè recuset: adversus hanc injustam recusationem, ad liberationem debitoris hæc cautio est, ut debitor pecuniam testatò oblatam obsignet, & sollemniter in publicum locum deponat: quia oblata & consignata pecuniæ depositio vim solutionis habet. l. 1. Codic. qui potior. in pign. habeant. l. nec creditores. 10. & l. ultim. Codic. de pignor. actionib. l. obsignatione. 9. Cod. de solutionibus l. acceptam. 19. ubi eleganter. Giphanius. Codic. de usur. l. si priusquam. 8. Codic. de distraction. pignor. l. n. tim. Codic. de lutione pignor. Donell. in tractat. de pignoribus cap. 16. D. Boeer. Class. 2. disputat. 12. thes. 99. edit. 2. D. Obrecht. Disput. 15. thes. 487. & sequentibus. Eaque de re vide Everhardum Bronchorstium. centur. 2. in artic. 4. assert. 1. edit. 1. Arumæum in tractat. de mora. cap. 7. num. 7. Johan. Meringium in tractat. de oblat. obsign. ac deposit. pecunie debita. cap. 5. pag. 358. cum seqq. & Bachovium dict. tract. de pignoribus & hypothec. lib. 4. cap. 17. p. 348. & seqq. neo non lib. 5. c. 1. pag. 355. & seqq.

Secundò pignus seu hypotheca solvitur remissione vel expressâ, ut per pactionem, quâ convenit, ut ab hypothecâ discedatur. l. solvitur. 5. in princ. l. sicut. 8. §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit. vel tacitâ, ut si creditor præsens, nec repugnans permittat debitori, suam rem pignori obligatam distrahere, vel alienare. l. si debitor. 4. §. 1. l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. & sequentibus. ff. quibus modis pignus, vel hypothec. solvit. l. cum te. 4. Codic. de remission. pignor. latissimè Negusantius in tractat. de pignoribus & hypothec. 3. membr. sexta partis princ. num. 12. & sequentibus, Hartman. Pistor. libr. 3. quest. 16. num. 9.

Sic quoties creditor, ut res sibi obligata alteri etiam pignori detur, consenserit; hoc ipso jus suum pignoris in totum remississe intelligitur. l. Titius. 9. in princ. & in fin. & l. Paulus. 12. ff. quibus mod. pign. vel hypothec. solvit. Idque latissimè explicat Pistoris d. q. 16. ubi rationibus pluribus hanc assertionem firmat, contraria resolvit, & secundum eam judicandum subindicat. Quæri hîc potest: an & is, qui reddit debitori pignus, jus pignoris remississe præsumatur? Et præsumi probabilius: quandoquidem reddere nihil aliud est, quàm retrò ita dare, ut eo sit loco, quo prius fuit. l. verbum reddendi. 94. ff. de verbor. significat. Cu. ac. ad l. 2. in fin. ff. de pact. Forster. junior. lib. 3. Disput. 16. th. 19. Sortis tamen remissio haud præsumitur: sed manet, quousque solvatur. l. 3. ff. de pact. At chirographi sive cautionis redditio remissionem sortis sive debiti inducit. d. l. 2. §. 1. ff. de tit. l. creditricem. 7. C. de remissione pignor. Ratio diversitatis est: quia chirographo continetur principalis obligatio, cujus accessio quædam est pignus sicuti fidejussor, l. si servum. 91. §. nunc videamus 4. ff. de verbor. obligat. l. Granius Antoninus 71. post princip. vers. sed & accessiones ff. de fidejussoribus. Principali autem obligatione sublatâ, tollitur accessoria, non verò contra. l. in omnibus. 43. ff. de solutionibus, quemadmodum cessante causâ, effectum ipsum cessare, non insulsè quis dixerit, l. adigere. 6. §. quamvis. 2. ff. de jure patronat. c. cum cessante 60. ext. de appellat. Sed videantur Negusant. d. membr. 3. sexta part. princ. num. 19. & seq. Connanus libr. 4. Commentar. jur. civil. cap. 19. num. 3. & seqq. Borcholt. in Commentar. de pactis. cap. 2. in prima pactorum divis. num. 5. & sequente. Hænon. Disputat. 13. controvers. 15. Treutler. Disputat. 1. thes. 9. lit. B. volum. 2. & ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 56. pag. 87. cum seqq. & Hackelman. Disput. 12. thes. 14. lit. E. aliq. ab iis designati.

- Et de remissione debiti atque ipsius pignoris accuratè disputat Bachovius *d. lib. 5. de pignor. c. 5. & seqq. p. 379. & seqq.*
- 292 Tertiò liberatur pignus satisfactio. *dict. l. item liberatur. 6. in princ. ff. quibus mod. pign. & hypothec. solvit.* quia satisfactio pro solutione est. *l. grege. 13. §. etiam si. 4. ff. de pignoribus & hypoth. d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignor. act.* Satisfit autem creditori vel de sorte, vel de pignore, notante *Dn. Obrechtio Disputat. 15. thes.*
- 29349 De sorte satisfactum intelligitur, quemadmodum creditor voluit, licet non sit solutum, ut scribit *Ulpianus in d. l. si rem. 9. §. 3. ff. de pign. act.* Et hoc fit, vel ipso jure, puta novatione & acceptilatione. *l. solutum. 11. §. 1. & §. solutam. 5. ff. d. tit. l. novatione. 18. ff. de novationib. vel per exceptionem: si judicatum, vel juratum, vel pactum sit, nihil deberi, aut pignus non esse obligatum. d. l. solvitur. 5. §. fin. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit.* Et generaliter quocunque modo debitor sorte sive obligatione principali liberatur, semper quoque liberantur pignora. *l. in omnib. 43. ff. de solutionib.* Nam cum principalis causa non consistit: nec ea consistet, quæ accessionum locum obtinet. *l. cum principalis 178. ff. de regul. jur.* De pignore porro satisfit creditori: si convenerit, ut vel alia pignora, vel pro hypothecâ fidejussor daretur. *d. l. solvitur. 5. §. si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. d. l. si rem. 9. §. omnis. 3. ff. de pign. act.*
- 295 Sed non levis suboritur hic contentio: si debitor pignus æquè idoneum creditori invito offerat, an audiatur, & prius pignus liberetur? Et quanquam id affirmant *Philippus Decius n. 4. & Cagnolus num. 2. 6. & 10. in l. plus cautionis. 25. ff. de reg. jur. Franciscus de Crema notab. §. 4. & Negusantius d. tract. de pignorib. & hypothec. 1. membr. tertia part. num. 21. vers. adde etiam, &c.* attamen contrarium verius esse, & forsan receptius, testatur *Emanuel Soarez in thes. recept. sent. lit. P. num. 120. & seq.* Cui meritò adstipulantur *Arius Pinellus in l. 2. part. 12. c. 1. num. 21. C. de rescind. vendit. Paulus Berens Disput. 9. ad Instit. them. 4. quest. 2. & recentior Kni schmidt. d. exercit. Acad. 5. q. 21. pag. 199.*
- 296 Tum quia aliud pro alio creditori invito solvi non potest. *l. 2. §. 1. in fine ff. de reb. credit. si certum petetur.* Tum quia id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri nequit. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.* Tum quia generalia verba textus in *d. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pign. action.* satis comprehendunt casum, in quo etiam æquivalens pignus daretur: adhuc tamen illud committeretur voluntati creditoris, ut nec tunc aliud pignus accipere cogeretur. Tum denique quia creditor non compellitur liberare fidejussorem datum, etiam si alius æquè idoneus offeratur. *l. si mandatu. 45. §. item si, dum. 2. ff. mand. 2. ff. de pign. act.*
- 299 dat. Cujus §. textus dubitatione prorsus careret, nisi intelligeretur in his terminis, cum alius æquè idoneus fidejussor offerretur. Atque ita de fidejussore ad pignus erit urgens argumentum, quo utitur ipse *Ulpianus in l. qui autem. 14. §. 1. & 2. ff. de constitut. pecun.*
- 300 Nec huic verissimæ sententiæ adversatur glossa in *l. si Titio. 22. ad verb. pignoratitia. circa finem. ff. de pignorib. & hypothec. quâ dissidentes potissimum nituntur.* Loquitur enim secundum terminos textus de creditore, agente contra heredem debitoris, non de debitore, agente contra creditorem; & sic nullo modo sentit, posse debitorem compellere creditorem; ut, dimisso certo pignore, aliud accipiat, *Pinell. d. cap. 1. num. 21. sub fin.*
- 301 Minus adversatur textus in *l. illud verum. 10. §. 1. ff. quod met. caus. gest.* ubi *Cajus JC.* in hæc verba respondit: *Si metu à te coactus acceptam tibi stipulationem fecerim: arbitratu judicis, apud quem ex hoc edicto agitur, non solum illud continetur, ut in tua personâ redintegretur obligatio; sed ut fidejussores quoque vel eosdem, vel alios non minus idoneos adhibeas: præterea ut & pignora, quæ dederas, in eandem causam restituas.* Etenim in isto textu (ut ex litterâ constat) favetur & succurritur creditori, non debitori: & ideo causa in pristinum statum restituitur. *Pinell. d. cap. 1. num. 24.*
- 302 Multò magis adversatur, quòd teneatur quis facere, quod sibi non nocet, & alteri prodest. *l. in creditore. 38. ff. de evictionibus. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aqua, & aqua plu. arcend.* Nam quamvis ratione ipsius pignoris meâ non intersit, hoc aut illud habere pignus, cum ejusdem bonitatis utrumque sit: tamen ratione tui usûs ac necessitatis maximè interest: quia idcirco ad faciliorem & celeriore debiti solutionem induceris, atque adeò adigeris, ut bene monuit *Soarez in suis annotationibus ad Pine um. d. c. 1. n. 25. & Paulus Berens. d. quest. 2. in fine.* Ac de modo liberandi pignoris per satisfactionem, inspicitur *Bachovius d. lib. 5. de pignor. c. 10. p. 407. & seqq.*
- Quartò finitur pignus rei obligatæ interitu, non modò si corporalis sit res, sed etiam incorporalis: ut si usufructus obligatus extinguitur. *l. sicut. 8. in pr. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* vel aliud jus, quod debitor in re habuit, *l. 3. ff. eod.* Caterum id accipiendum est de totali rei interitu, quo scilicet tota res, non aliqua ejus pars, absumitur. Si enim, *verbi gratiâ*, domus oppignorata comburatur: area nihilominus manebit obligata, & quicquid ei deinceps inædificatur. *l. domo. 41. ff. de pignor. action. l. Paulus. 26. §. penult. de pignor. & hypoth. Cujac. lib. 23. observ. 22.* Si quidem cum mutatur tantum rei qualitas, hypothecam durare, minimè dubitatur. *l. fundus. 16. §. si res 2. ff. dict. tit. Wesenbec. in Paratit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. num. 3. ubi & alios solvendi pignoris modos attingit.* Porro an & quatenus per rei corruptionem aut mutationem, itemque per præscriptionem pignus finiatur, latè explicat *Bachovius d. tract. de pignorib. & hypoth. lib. 5. cap. 3. p. 369. cum seqq. & c. 12. pag. 424. & seqq.*
- Pignore prædictis modis soluto, succedit actio pignoratitia personalis. *l. ult. in fin. Cod. de distract. pignor. quæ duplex est: directa & contraria.* Directa debitori, qui rem oppignoravit, competit solutâ omni pecuniâ, adversus creditorem, ut rem reddat. *hoc §. nostro. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. l. debitor. 40. ff. de pignor. action. Negusantius in tractat. de pignorib. & hypoth. 2. membr. septime part. princ. num. 7. & seqq.* damnumque in eâ dolo culpâve datum resarciat. *l. si cum venderet. 13. §. fin. l. sicut vim. 19. C. de pign. & hypoth.* Sed hic distinctio pignoris conventionalis & prætorii necessaria est: ut in illo creditor de dolo & culpâ teneatur. *l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. in hoc verò de dolo duntaxat. l. prætor ait. 9. §. est præterea. 5. ff. de reb. auctori. jud. possid. Balduin. in tract. de pignorib. & hypoth. c. ultim.* Cur in pignore conventionali non dolus tantum, ut in deposito, sed culpa etiam, ut in commodato, præstat, ratio hæc est: quia pignus utriusque gratiâ datur, & debitoris, quò magis pecunia ei credatur, & creditoris, quò magis ei in tuto sit creditum, per hunc §. Quandoquidem in iis contractibus, qui utriusque contrahentium utilitatem continent, & dolus & culpa præstanda venit. *d. l. si, ut certo. §. §. 2. ff. commodat. Berlichius part. 2. conclusion. practicabil. conclus. 33. num. 1. p. 693. Verumtamen non levissima culpa, ut in commodato, sed levissimum modò præstat: hoc est, talis diligentia à creditore exigitur, qualem suis rebus, non vigilantissimus, aut diligentissimus sed diligens paterfamilias adhibere solet. l. ea igitur. 14. ff. de pign. act.* Ratio differentie inter commodatum & pignus haud obscura est: quia in comodato solius accipientis, sive commodatarii utilitas vertitur: ac proinde meritò is levissimæ culpæ nomine tenetur: at in pignore utriusque, ut paulò ante dictum, utilitas versatur: & propterea rectè de levi tantum culpâ creditor tenetur. *d. l. §. 2. ff. commodat. Theodor. Marcilius in hoc §. & ibidem Bercholt. n. 6. Foman. Disput. 20. thes. 8. lit. g. Giphon. Disput. 25. ad Institut. thes. 19. & inibi Olemannus in suis not. n. 18. & sequente.* Enimverò si solius creditoris gratiâ pignus datum sit: præstat creditor etiam levissimam culpam. *d. l. si cum venderet. 13. in fine ibi, venit & custodia. ff. de pign. act. & d. l. sicut. 19. ibi, sed & custodiam. C. de pignorib. & hypoth.* ex quibus legibus evincitur, creditorem teneri quoque de levissimâ culpâ; idque significatur per vocem, *custodia*, quâ indicatur summa & exactissima diligentia, cui opponi solet levissima culpa, ut monitum ad §. 2. num. 70. *supr. de obligat.* Sed existimandum est; verum illud tantum esse, si creditoris solius gratiâ pignus contractum sit; puta ut pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin parati etiam sine pignore roganti amico credere pecuniam. Nam si utriusque gratiâ pignus contractum sit, quò magis debitori

debitori pecunia crederetur, quam sine pignore habere non poterat, quod eâ ratione quodammodo illi creditor exprimere videtur, *argum. l. cum te pecuniam. 4. C. de pign. & quò esset creditori pignore cautum: hoc casu negandum est, custodiam pignoris esse præstandam, secundum definitionem d. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodat. Ita docet Cujacius lib. 19. observat. c. 24. quem sequitur D. Bocerius in l. contractus. 23. c. 4. num. 74. ff. de reg. jur. edit. 2. Tamen si aliter sentiat Bachovius d. lib. 5. de pignorib. c. 21. num. 3. §. 4. pag. 463. §. sequente. itemq; in hoc §. nostro pag. 739.*

- 313 Contraria pignoratitia actio datur creditori, adversus debitorem, ad id consequendum, quod sibi pignoris nomine probabiliter abest. *l. si necessarias. 8. in princ. l. si servus. 31. cum l. seq. §. l. si quis. 36. ff. de pignorat. act. §. ibidem Wesenbecius in suis Paratit. num. 8. §. Negulantiis d. tract. de pign. §. hypoth. 3. memb. septima part. princ. num. 13. §. aliquot seqq. veluti, si in conventionem pignoris deceptus sit; ut si rem alienam debitor obligavit: quo casu etiam stellionatus crimine extraordinario conveniri poterit. l. 1. §. 1. §. 2. l. 2. d. l. si quis. 36. in princ. §. §. ff. de pignorat. act. si damnum passus sit creditor ex pignore, ut debitor refarciat. d. l. si servus. 31. ff. eod. si impensas necessarias in pignore fecerit, ut debitor refundat. d. l. si necessarias. 8. in princ. ff. d. tit. l. creditor. 7. in fin. Cod. eod. Schaefferus lib. 1. quest. 43. D. Besold. part. 2. de libator. jur. ex lib. 13. Pandect. quest. 9. pag. 90. vide Bachovium in tractat. de pignorib. §. hypothec. lib. 3. cap. 9. num. 2. pag. 189. Quæ tamen impensæ à iudice examinandæ sunt, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. l. si servos. 25. ff. d. tit. de pignorat. act. Decet enim creditorem exactorem, non acerbum, nec contumeliosum; sed moderatum, & cum efficaciam benignum, & cum instantiam humanum esse. l. si benè. 33. in princ. ff. de usur. l. continuus. 237. §. cum ita. 3152. ff. de verb. obligat. nec malitiis hominum indulgendum 316 est. l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat. Enimverò hic notandum: ratione impensarum creditori quoque competere jus retentionis. arg. l. quamdiu. 6. Cod. de distract. pign. l. 2. Cod. debitorem venditionem pignoris impedire non poss. l. solutum. 11. §. 3. ff. de pignorat. act. l. si in area. 33. in fin. ff. de condict. indebit. ne scilicet petitor ex alienâ jactura locupletetur. l. planè. 38. ff. de petit. hered. Nec interest, etiam si debitor chirographariam tantum pecuniam debeat. l. unic. Cod. etiam ob chirograph. pecun. pignus retineri poss. Meyrer. in tr. de pign. tit. 18. n. 3. lib. 1. cumq; referens D. Plebst. disp. 2. ad jus municipale Würtemb. part. 2. th. 93. ad lit. C. Porro 317 pignoratitia illa actio, uno tantum nomine semper pignoratitia appellatur. Ex altero autem pignore, quod propriè hypotheca dicitur, actio quæ nascitur, etiam pignoratitia quidem communi nomine, sed propriè & sæpius hypothecaria, & Serviana & utilis Serviana, & quasi Serviana nuncupatur. §. item Serviana. 7. inf. de act. l. 1. Cod. communia de 318 legat. Sunt & aliæ inter pignoratitiam & hypothecariam actionem differentia. Nam pignoratitia actio, est in personam, quia ex contractu descendit: hypothecaria, est actio in rem. d. l. ultim. in fin. Cod. de distract. pignor. gloss. in l. nec creditores. 10. ad verbum longi. Cod. de pignorat. act. Pignoratitia dein est civilis; hypothecaria ex pacto, & ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capit. d. §. item Serviana. 7. inf. de actionib. l. si tibi decem. 17. §. de pignore. ff. de pactis. Adhæc pignoratitia, est bonæ fidei actio: hypothecaria, est stricti juris. §. actionum autem. 28. ibique gloss. in verbo, pignoratitia inf. de actionibus. Pignoratitia insuper debitori, qui rem pignori opposuit, datur exsolutâ pecuniâ, ad consequendum pignus creditori traditum, ut dictum suprâ num. 293. At hypothecaria creditori tribuitur, quâ pignus, pecuniâ nondum perfoluta, persequitur. d. §. item Serviana. 7. inf. de actionibus. Denique pignoratitia, cum sit personalis, annis triginta semper durat. l. sicut. 3. Cod. de præscr. 30. vel 40. annis. hypothecaria verò varium tempus habet: siquidem interdum tollitur 10. annis, interdum 20. interdum 30. & interdum 40. ut notavit Balduinus ad d. §. item Serviana. vers. inter pignus inf. de action. arg. l. 2. Cod. de lutione pignoris. & Negulantiis dict. tractat. de pignorib. §. hypothec. 1. membr. partis. 7. principal. num. 6. Vide Reinhardum Bachovium in tract. de*

actionib. disputat. 3. ad thes. 37. pag. 110. §. d. tract. de pignorib. §. hypoth. lib. 3. cap. 1. §. 10. cum seqq. itemq; lib. 5. cap. 20. pag. 456. cum seqq. & Georgium Frantzkium exercit. 13. quest. 10. pag. 452. §. seqq. itemque Davidem Döringium in bibliotheca Iurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio pignoratitia. n. 50. fol. 397.

Porro cum repressaliæ pignoribus assimilari videantur: de iis, an & quatenus jure defendi possint, coronidis quasi loco disquisitionem instituere lubet. Antequam autem quæstio ista discutiatur: paucis præmittendum & monendum est: quod repressaliæ (quarum mentio fit in jure Canonico, nempe in c. unic. de injur. lib. 6. Hotoman. consil. 23. num. 21.) exotico & barbaro vocabulo dicuntur pignora-
320 tiones rerum & personarum: quando videlicet unus pro alio, & res unius pro re alterius apprehenditur: & à summo Principe, Rege, vel Magistratu, superiorem non recognoscente, ob justitiam denegatam, conceduntur: cum instar justî belli reputentur, quod ab alio, quàm summo Imperatore, indicinequit. l. 3. vers. eadem lege tenetur. ff. ad leg. Jul. majest. l. unic. C. ut armor. usus infcio Principe interdicit. sit. Quin etiam ipse Imperator bellum movere non
321 potest, absque consilio & voluntate Septemvirorum & ordinum Imperii: ut apparet ex Capitulatione Cæsareâ, quæ extat apud Schleidanum lib. Commentar. de statu Religionis & Reipubl. circa finem. Quod si quisquam sine licentia Imperatoris bellum concitet: crimen læsæ majestatis committere dicitur. d. l. 3. ff. ad l. Jul. majest. Matth. de Afflict. ad Tit. 27. de pace tenendâ. §. si quis hominem. n. 27. lib. 2. Feodor. Dambouder. in praxi rer. criminal. c. 82. de bello. n. 20. eosque laudans Dn. Collega Bocer. in tract. de diffidationib. c. 2. num. 5. §. 6. Licet verò in omni disquisitio-
322 ne λογομαχία sit vitanda: deque nominibus, quæ rerum picturæ tantum sunt, & tessera, secundum Platonem in Cratyl. nos non adeò sollicitos esse oporteat: tamen cum
323 semper rerum quidem potior, verborum autem prior cura esse debeat. l. 1. in princ. ff. de Instit. §. jur. l. 1. §. 1. §. 2. ff. de pact. l. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. 1. §. 1. ff. de suspect. tutorib. illa quoque in propositâ materiâ nobis curæ erit: præsertim cum nomina, ut & etymologiæ, ad ipsarum rerum cognitionem nos haud rarò manu ducant: & ex ignorance vocum atque etymologiarum maximam sæpe rerum, quarum illæ notæ sunt, ignorance & confusionem sequi necesse sit. Ad repressaliarum igitur vocem quod
324 attinet: illæ non eodem modo ab omnibus derivantur. Quidam enim eas deducunt à repræsentando: quasi scilicet illi, qui ob denegatam Justitiam cum rebus detinentur, repræsentent eos, qui & debitum non solverunt, & ad id consequendum jus & justitiam denegarunt, juxta illud Poëtæ:

Quicquid delirant Reges, plebuntur Achivi.

Ac sane cum is, qui causam repressaliis dedit, pignorato
325 omne damnum & interesse, quod est passus, refarcire cogatur: isthæc notatio non omnimodo pro rejiculâ habenda est. Alii repressalias sive pressalias ducunt à presa, vocabulo Italico, quod capturam designat: aut à verbo Gallico reprendre, & reprise: quod est aliud pro re suâ recipere, & injuriam, in damno & facto consistentem, refarciri postulare. Alii verò eas à reprædando derivant. Nonnulli denique easdem à reprimendo dictas autumant. Et
326 cum repressaliis homines vulgò utantur, ut alios ad justitiam administrandam urgeant; iisque aliorum injustitia reprimatur: & hæc notatio non omnino irrationalis videtur. Atque ita repressalias seu pressalias Doctores deducere animadverto. Quæ etymologiæ ut omnes non possunt prorsus esse insulsæ seu absurdæ, si rem ipsam respicias: ita si ipsam vocis & rei originem spectes; non omnes veræ sunt Grammaticæ. Etenim cum vocabulum (repressalia) sit barbarum, ut panis ante monitum. num. 310. & verò repræsentare, ut & reprimere, verba Latina: hæreo profectò ac dubito, an de his Grammaticæ etiam deducatur vox repressalia. Tritum quippe est; derivatum &
327 derivativum, seu simplex & compositum, ejusdem debere esse originis. Enimverò utut quispiam deducat: nulli propterea litem movebo. Usus porro repressaliarum
328 non novitiâ consuetudine receptum esse, ut Bartolus no-
stet voluit: sed à vetustissimis Romanorum legibus radi-

- eam sumpſiſſe, cenſeo, putà ab ipſis Fecialibus, à Numa Pompilio ſecundo Romanorum Rege, primò conſtitutis.
- 329 Quorum officium erat, cuſtodire & præcavere; ne alicui confederatæ Urbi bellum à Romanis injuſtum inferretur: quòd ſi fortè ab aliis fœdera violarentur, repetere res; & ſi non redderentur, bellum decernere. Ibat enim ad fœdifragam Civitatem Fecialis; & admonitis, ut juſta facerent, niſi paruiſſent (Diis fœderum inſpectoribus invocatis) bellum comminabatur. *Vide Carolum Paſchaliū in ſuo Legato. c. 3.* Hincque emerſiſſe uſum reſſaliarum Zaſius quoque, ſummus ille Germaniæ Jurisconſultus exiſtimat, in l. 2. §. 2. verſ. & ita leges quædam. ff. de orig. jur. Licet, poſt alios, aliter ſentiat Ventura de Valent. lib. 2. parthenii litigioſi. c. 2. num. 31. Eaſque de re videatur Bachovius in tract. de pignoriſ. & hypothec. lib. 2. cap. 12. num. 5. pag. 140. & ſeq. His ita breviter præmiſſis, ad propoſitam quæſtionem propiùs accedamus: & nunquid reſſaliæ jure defendi & in quosvis communiter licitè exerceri queant, accuratiùs paulò examinemus. Aq̃ certè eaſ regulariter omni juri eſſe conſentaneas, Doctores pleriq̃, ſpecioſis admodum rationibus & fundamentis ſuffulti, concludunt.
- 330 Primò enim ita ratiocinantur: omnis juſtitia & naturalis æquitas poſtulat, dictitatque: ut ſingulis ſua tribuantur; & omnibus, rerum vel creditarum, vel ablatarum reſtitutio fiat. §. juris præcepta. 3. Inſtit. de juſtit. & jur. Ideoque cum nobis aliquis deberet, vel noſtra nobis ſurripuiſſet: & nos non ſolùm adverſarium, ſed ejus etiam Magiſtratum pro reſtituendis rebus ſolicitaverimus; debita verò juſtitia utrinque denegata fuerit: ordinariæ & permiſſe videtur eadem ipſa lex & juſtitia alium modum & remedium extraordinarium, malo nodo malum cuneum objiendo: ita ut quod monendo ac ſolicitando conſequi non potuimus, id æquabili reſſaliarum & pignorationum coactione obtineamus: adeoque adverſarium vel magiſtratum amore ſui concivis vel ſubditi ad juſtitia adminiſtrationem compellamus. Deinde accedit; quòd licet reſſaliatus ſeu pignoratus, veri contractus ratione, ſit innocens: attamen propter denegatam vel protractam juſtitiam à magiſtratu ſuo, quaſi obligatione aliquà teneatur; ac ea propter ex obligatione iſtâ poſſit vel ipſe, vel bona ipſius detineri, eidemque auferri: quò Princeps ſive Magiſtratus ad juſ cuique, etiam extero, reddendum faciliùs adigatur & concitetur. Præterea metu reſſaliarum ſinguli Magiſtratus cogentur non minùs exteris, quàm propriis ſubditis & civibus juſtitiam adminiſtrare: ut proinde ipſorum ſubditorum interſit, reſſalias exerceri adverſus Principem & Magiſtratum, juſtitiam denegantem. Civitas inſuper vel Dominus, juſtitiam facere negligens, vel recuſans, eſt debitor juſtitiam poſtulantis. Quocirca homines illi Domino vel Populo ſubjecti, capi poterunt: ſiquidem propter delictum Domini, negligentis facere juſtitiam, contra totam terram & omnes gentes ſubditas bellum indici poſſe, Divus Auguſtinus ſcriptum reliquit. can. dominus. 2. cauſ. 23. quæſt. 2. Adhæc cum negligentia procuratoris domino noceat: idcirco & negligentia Reſtorum nocebit civibus: quoniam ſibi imputare debent, quòd tales elegerint, argum. l. cum mandatu. 23. ff. de minorib. Denique regnum ab injuſtis auferri, & juſtitiam facientibus dari debet. Matth. cap. 21. v. 42. Eccleſiaſt. c. 10. verſ. 8. Atqui Magiſtratum, reſſalias concedentem, in locum Superioris, juſtitiam denegantis, ſuccedere vix dubitatur. Atque hæc potiſſima ſunt argumenta, quibus vulgò Doctores reſſalias defendere conantur: iſtis tamen concurrentibus cauſis ſive requiſitis. Primò, ut juſtitia ſit denegata. Niſi enim & reus fuerit evocatus, & magiſtratus requiſitus, & juſtitia vel protracta, vel denegata: extraordinario huic reſſaliarum remedio locus non relinquitur, arg. l. cum verò 26. §. ſubventum. 7. & §. evocari. 33. ff. de fideicommiſſar. libertat.
- 331 Secundò Doctores requirunt, ut denegetur juſtitia in cauſa magnâ & læſione enormiſſimâ. Haud etenim pro re modicâ decerni ſolent remedia extraordinaria. l. ſcio. 4. ff. de in integr. reſtitutionib. l. ſi quis. 9. §. ult. ff. de dolo. Tertiò, ut debitum, cauſaque petendi reſſalias ſit liquidiffima, & ſufficientibus probationibus aperta: ita ut ſupplicantis poſtulatatio vel re ju-

dicatâ, vel publico inſtrumento, vel chirographo, plenique indiciis nitatur. Quartò, ut auctoritate Magiſtratus, cui de gravamine plenè conſtet, arreſtum judicialiter imponatur: cum propriâ auctoritate juſ ſibi licere nemo poſſit. l. non eſt ſingulis. 176. ff. de reg. jur. l. nullus. 14. C. de judicis. Hucque facit noviffimus Imperii reſſus de anno 1594. §. und ſo viel die ungleiche Meinung. &c. pag. 722. Quintò & ultimò, ut is, contra quem conceduntur reſſalialia, ſit forenſis & extraneus: quandoquidem uni Principis ſubdito, contra alium ejusdem Principis ſubditum, reſſalialia concedi non debent: cum boni Principis ſit, amborum cauſas cognoscere, & cuique juſtitiam incorruptè adminiſtrare. Atque ita docent Bartolus, Martinus Laudenſis, & Joannes Jacobus à Canibus in ſuis Tractatibus, de Reſſaliis, Jodocus Damhouder. in praxi rer. crimin. c. 98. n. 11. Petrus Heigius part. 1. quæſt. 12. Andreas Dalner. in Epitom. de reſſal. Petrus Fridericus Mindan. de proceſſibus &c. lib. 1. c. 49. Guid. Pap. deciſ. 32. & ibidem Anton. Rambaudo in ſuis additionib. Hotoman. d. conſil. 23. num. 25. Menoch. de arbitr. judic. cent. 6. caſ. 527. Horat. Carpan. ſuper ſtatuta Mediol. vol. 2. c. 437. Andr. Pinnet. in ſingulari diſput. de reſſal. Melander. in proceſſ. Meureri, part. 2. th. 220. pag. 387. Limnæuſtom. 3. de jure publico Imp. Rom. lib. 8. c. 9. n. 24. cum ſeqq. p. 138. Petr. Greg. lib. 38. ſynagm. c. 8. D. Marta tom. 2. Diſſertor. noviffimor. tit. Reſſalialia. c. 1. cum ſeqq. fol. 121. D. B. ſold. in theſauro præctico. tit. R. num. 33. pag. 687. Althuf. lib. 2. diceolog. cap. 17. num. 28. pag. 579. Quirinus Kubachius cent. 3. quæſt. illuſt. decur. 2. §. 4. item q̃ apud Arminium vol. 4. de jur. publ. diſſ. curſ. 25. 26. 27. & 28. Joan. Baptiſta Coſta tom. 1. tract. de remediis ſubſidiar. remed. 17. num. 9. cum ſeqq. fol. 42. Hugo Grotius lib. 3. de jure belli ac pacis c. 2. p. 574 & ſeqq. Balthazar Ayola lib. 1. de jure & offic. bellicis. c. 4. & ſexcenti alii.

Verum ego, nec iſtis quidem requiſitis univerſis concurrentibus, reſſalias jure regulariter licitas; ſed omni potiùs jure prohibitas, illicitas & improbatas eſſe (cum nonnullis magni nominis Jureconſultis, quantumvis numero paucis: Andrea Gailio lib. ſingulari, de pignorationibus obſervat. 2. Matthia Colero. in tractat. de proceſſib. executiv. part. 1. cap. 2. num. 283. cum ſeqq. & Helfrico Ulricho Hunnio, in Commentar. de privileg. Studioſor. cap. 2. q. 11. item lib. 3. reſolut. jur. civil. tractat. 3. part. 5. quæſt. 7. pag. 969. & ſeqq. Antonio Aſſelmanno, de contract. diſſ. 6. th. 10. pag. 147. Berlichio part. 1. conſul. pract. concl. 51. & ſeq. itemque Ventura de Valent. d. lib. 2. cap. 2. n. 32. cum ſeqq. & aliis recitatis ſuprà n. 139.) mihi perſuaſiſſimum habeo. Moveor autem rationibus, haud futilibus; ſed ex puriſſimo ipſius juſtitia æquitatisque fonte hauſtis atque deſumptis. Regula quippe utriusque juris notiſſima & firmiſſima eſt: neminem alterius odio prægravari debere. c. non debet. 22. de reg. jur. in 6. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. l. ſi quis ſuo. 33. §. 1. ibi, hoc iniquum judicantes, &c. C. de inoffic. teſtam. Atqui negari minimè poteſt, quin odio non ſolventis, nec juſtitiam adminiſtrantis, gravetur per reſſalias ille, qui propter debitum alienum non ſolutum, & propter juſtitiam ſive denegatam, ſive protractam capitur, aut bona ejus detinentur. Proinde reſſalias cum juſtitia jurisque fundamentis ac regulis pugnare, plusquam manifeſtum evadit. Quin & juſ divinum prohibet, innocentem portare iniquitatem delinquentis. Ier. 31. v. 30. Ezech. c. 18. v. 4. 17. & ſeqq. Adhæc, ſi propter æs alienum patris, filium inquietari & conveniri fas non eſt. tot. tit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio, &c. nemo utique non videt, iniquiſſimum eſſe, aliquem propter debitum extranei conveniri & inquietari, capi, bonisve ſuis extui. Hinc rectè ſcitèque Caſſiodorus, lib. 4. variar. cap. 10. dividuntur, inquit, cauſæ Germanis: filius obligationibus paternis, ſi non ſit heres, exuitur: uxor maritalibus debitis, niſi per ſucceſſionis vinculum, non tenetur: & audacia ad ſolutionem trahit extraneos: cum abſolvant jura conjunctos. Nec ad rhobum quicquam facit, quod antagoniſtæ excipiunt: filium pro patre, & patrem pro filio non teneri, quatenus eidem Magiſtratui ſubſint: at ſi pater extraneo deberet, & huic denegata eſſet juſtitia: tunc filium ab extraneo iſto creditore arreſtari poſſe. Etenim hoc ipſo illos manifeſtè petere principium, nemo

non intelligit. Sed & in d. tit. C. ne filius pro patre, &c. Divi Imperatores generaliter loquuntur: & constitutiones quoque, filium ob debitum patris, & patrem ob debitum filii inquietari prohibentes, naturali Justitiæ ratione, 341 de quâ superius dictum, nituntur. Ad hujus assertionis corroboracionem accedit: quod repressalias ob privatam potissimum concedantur utilitatem: ut nimirum creditor suum ab extero debitore obtinere ac consequi valeat. At in propatulo & tralatitium est; quod propter utilitatem privatam Respublica turbari, convelli, & labefactari non debeat: quæ sanè exercitio repressaliarum vel maxi- 342 mè turbatur, inquietatur, & convellitur. Lex præterea justitiæ, jurisque gentium & naturalis suadet: alterum non esse lædendum. §. 3. *supr. de justit. & jur.* itemq; illud, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non posse. *l. id, quod nostrum. i. ff. de reg. jur.* At contrarium fieri per repressalias, ipso meridie clarius est: quandoquidem non potest non gravissimè lædi, qui ob debitum delictumvè alienum, vel ipse custodiæ traditur, vel cujus bona auferuntur & detinentur. Quemadmodum & per repressalias id, quod nostrum est, sine ullo facto nostro aut delicto ad alium transferri, palàm est. Dubium ergo relinquitur nullum, quin leges naturæ, & regulæ justitiæ gravissimè & manifestissimè per repressaliarum remedium violentur. Et quam- 343 quam ad hoc dissentientes respondeant: per repressalias quidem auferri, & ad alium transferri alterius bona, alterumque quodammodo lædi; sed non sine causa justissimâ ac gravissimâ: quia scilicet bonum publicum suggerat, justitiam administrari, suumq; jus cuiq; reddi: id quod per re- 344 pressaliarum concessionem efficiatur: attamen ego juris veritati & naturali æquitati magis consonum esse, opinor, ne quidem propter utilitatem publicam suum cuiq;, sine ipsius culpâ ac merito, aut sine justî refusione pretii, adimi posse, *arg. §. ult. supr. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. l. vendit. i. §. i. vers. nisi prius solutum. ff. commun. prædior.* Deinde ad justitiæ administrationem à Magistratu extorquendam, non propterea sunt ipsius sanctæ justitiæ leges violandæ atque 345 evertendæ. Tum etiam non esse faciendâ mala, ut inde eveniant bona, Divus Apostolus monet. *Paul. ad Rom. c. 3. v. 8.* 346 Huic insuper sententiæ plurimum inservit vulgata regula juris, quâ dicitur: factum cuiq; suum, non aliî nocere debere. *l. sanctum. i. §. ff. de reg. jur.* Atqui verò factum Magistratûs, justitiam denegantis, noceret aliî, nempe ei, cujus bona arrestantur & detinentur, si repressaliæ admitterentur. Quare si omnino justitiæ administratio violento ali- 347 quo remedio à Magistratu extorquenda est: æquum profectò putaverim, ipsius potius magistratûs, quàm alterius ejus subditi, bona arrestanda esse: cum dictamini rectæ rationis & æquitatis planè conveniens sit; pœnas suos tenere auctores: nec ulterius progredi metum, quàm reperiatur delictum, ut præclare rescripserunt Imp. Arcadius & Honorius. *l. sancimus. 22. C. de pœn.* Eodem quoq; non parùm confert: quod per repressalias summus Princeps sive magistratus constituitur Judex in re quasi propriâ: qui à subditis denegantis justitiam, semel repressaliatis extorquebit, quantum voluerit: atque ita plus æquo & justo, pro suo arbitrio exiget: qui tamen in prosecutione sui juris amplius non erat habiturus, quàm quantum sibi debebatur in sorte principali, vel rationem oræ: id quod repugnat penitus juri 348 naturali, præcipienti: quod nemo cum alterius jacturâ debeat locupletari. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condict. indebit. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. cap. locupletari. 48. eod. tit. in 6.*

Sed quid ego pluribus rationibus conquiendis immoror? cum ipsæ sacratissimorum Imperatorum constitutiones apertissimè istiusmodi repressalias oppignorationesvè impugnent atque prohibeant? Primò enim Zeno Imperator in *l. unic. C. ut nullus ex vicaneis pro alien. vicaneor. debetisteneat.* eâ de re ita disertè sancit: *Grave est, inquit, non solum legibus, verum etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Idcirco hujusmodi iniquitates circa omnes vicaneos perpetrari, modis omnibus prohibemus.* Jam verò alienis debitis per repressaliarum concessionem molestari eos, in quos exercentur, manifestò manifestius, certoque certius est: ac proinde Zenonianâ hac sanctione prohiberi repressalias, firmiter statuendum

est. Deinde Augustissimus Imp. Fridericus Secundus, in 350 *Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.* inter reliqua ita scribit: *Hac igitur generali, & in perpetuum valiturâ lege decernimus: ut nullus de cetero tam audax inveniat, qui aliquam Scholaribus injuriam inferre presumat: nec ob alterius cujuscunque provincia delictum sive debitum (quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus) aliquod damnum eis inferat, &c.* Ecce hîc Imp. Fridericus illam repressaliarum consuetudinem expressè improbat, eamque perversam appellat, quâ quis alterius ob delictum vel debitum pati damnum compellatur. Consi- 351 militer laudatissimus Imp. Justinianus, in *Nov. §. 2. in præfat. juncto c. i. repressalias*, ut iniquitatis & injuriæ plenissimas, perspicuè damnat, ita sanciens: *Inhonestas pignorationes, & odibiles super his exactiones, plurima quidem & aliæ leges odio habent, præcipuè autem à nobis posita: sed nescimus, quemadmodum causa, licet tantis castigata legislationibus, adhuc præsumitur, & in Republica est, & majorem sui præbet virtutem, quàm legum necessitas.* Propterea sancimus: nullam omnino pignorationem in nostra Rep. prævalere, neq; in mercatis (hoc quod maximè ibi præsumptum invenimus) neque in agris, neque in civitatibus, neq; in vicis, neq; in civibus, neq; in vicaneis, neq; in agricolis, neq; alio omnino quocunq; modo vel tempore: sed præsumentem alium pro alio, secundum pignorationis formam, aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium verò exigi: sed nec alteri molestum pro altero quodam tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem cedi, aut injuriam sustinere, & aliquid pati, quod omnino non competit, pro alio, & absq; legitima occasione quamlibet perferre calumniam, &c. Idem præterea Justinianus noster in *Novell. §. 2. 134. c. 7.* hoc modò graviter sancivit: *Quia verò & hujusmodi iniquitatem in diversis locis nostra Reipub. cognovimus admitti: quia creditores filios debitorum præsumunt retinere, aut in pignus, aut in servile ministerium, aut in conductionem: hoc modis omnibus prohibemus: & jubemus, ut si quis hujusmodi aliquid deliquerit, non solum debito cadat, sed tantam aliam quantitatem adjiciat dandam ei, qui retentus est ab eo, aut parentibus ejus, & post hoc etiam corporalibus pœnis ipsum subdi à loci Iudice: quia personam liberam pro debito præsumpserit retinere, aut locare, aut pignorare.* Denique quod Repressaliæ seu oppignorationes in Rom. Imperio tolerari non debeant, aperte novissimè constituit Imp. Maximilianus II. in *Rec. ssu Imp. Spi. ensi de anno 1570. §. Wann auch die arresta, wie die repressalien, generaliter in Rechten verboten/ &c.* Ex hisce hæctenus recensitis constitutionibus Imperialibus ad oculum liquere arbitror: repressalias omni jure severissimè prohibitas atque damnatas esse. Neq; verò de verissimâ hac sententiâ me facile dimo- 353 yebit, quod Adversarii vulgò reponere solent: in modò adductis constitutionibus non tam pignorationes & repressalias damnari, quàm inhumanissimum & pestilentissimum earum abusum reprehendi atque prohiberi: sicq; demum repressalias licitas censerî; si causæ cognitio procedat: si justa causa, denegatio videlicet justitiæ subsit; si deniq; non propriâ aut privatâ, sed magistratûs auctoritate exerceantur, ut fusiùs expositum suprâ n. 334. & seqq. Huic namque responsioni non solum resistit generalitas textuum, expressissimè prohibentium, alium pro alio inquietari & molestari: verum etiam generalitas rationis; quod nimirum rationem nullam habeat: alium quidem esse debitorem, alium verò exigi: & quod legibus & naturali æquitati prorsus contrarium sit; pro alienis debitis quenquam molestari. *D. Hunn. d. Comm. de privil. Studiofor. c. 2. q. 11. pag. 170. & d. lib. 3. res. jur. civil. tractat. 3. part. 5. quest. 7. pag. 972.*

Positis itaque & explicatis sententiæ nostræ fundamentis: superest, ut ad contraria suprâ n. 330. & seqq. allata, 354 succinctè breviterque respondeamus. Quod igitur primo loco dicebatur: ipsam justitiam & æquitatem exposcere: ut suum cuique tribuatur: ut ablatum restituatur; ut debitum exolvatur: hoc autem per repressalias extorqueri ab eo, qui prius justitiam administrare neglexerit,

- aut denegarit: ac proinde per repressaliarum concessio-
nem, iustitiæ administrationem promoveri: illud sanè haud
355 difficulter removetur, si respondeatur: legem quidem,
iustitiæ esse perpetuam; quod suum unicuique sit tribu-
endum: sed ejusdem iustitiæ aliam esse legem, illà non in-
feriorem; quod proximus non sit lædendus. d. §. *præcepta*.
3. *supr. de justit. & iur.* hanc verò violari per repressalias:
ideoque sic unam iustitiæ legem tuendam & custodiendam,
356 ut altera non violetur, nec evertatur. Sed & hoc non in-
commodè regeritur: finem quidem bonum esse posse;
ubi tamen media, ad finem istum tendentia, mala sint: hoc
autem quotiescunque accidit, observandum esse præce-
ptum Paulinum: *Non esse facienda mala, ut inde eveniant*
357 *bona. d. c. 3. ad Rom. v. 8.* Sic, verbi gratiâ, Christiana reli-
gio semper promovenda est: at non vi, non igne, non la-
queo, non rotâ, non ferro, aut armis: sed gladio Spiritûs,
verbique divini prædicatione fidei, sincera & diligenti.
Sic ergo & iustitia, ejusque administratio semper promo-
venda est: sed tamen non quibuscunque mediis violentis,
non certè illis, quibus ipsa iustitia lædatur, quibus pro-
ximus offendatur, quibusvè publica tranquillitas & secu-
ritas perturbetur: sicuti per repressalias fieri, ad longum
suprà est ostensum. n. 338. & *seqq.*
- 358 Ad secundum dissentientium argumentum, ab obliga-
tione subditi pignorati sive repressaliati desumptum, re-
spondetur: ex delicto magistratûs, in quod subditus non
consensit, subditum haud obligari: proindeque si dene-
gavit, neglexerit, aut protraxerit iustitiam magistratus:
non erit propter hoc alteri, cui denegata fuit iustitia, sub-
ditus obligatus: ut qui neque contraxerit, neque deli-
querit ipse, neque in Principis seu Magistratûs delictum
consenserit. Unde hoc argumentum non modò leve ac
ridiculum; sed planè etiam ineptum & absurdum meritò
censetur. *Hunn. in d. Comment. de privileg. Studios. cap. 2.*
quæst. 11. p. 172. & d. lib. 3. resol. jur. civ. tract. 3. part. 5. q. 7.
pag. 973.
- 359 Ad tertium, *suprà num. 331. allatum, argum.* responde-
ri poterit: interesse quidem subditorum, magistratum seu
Principem non solum ipsis, sed exteris quoque jus reddere,
& iustitiam administrare: verum non interesse subdito-
rum, quovis modo ad iustitiæ administrationem Principem
cogi: præsertim cum alia suppetant media & remedia,
quibus ab Ephoris & Imperii sive Regni Statibus in offi-
cio Princeps contineatur. *D. Hunn. locis modò designa-*
- 360 *tis.* Ad quartum (quod nempe bellum indici possit to-
ti terræ, & Imperio; adeoque etiam subditis, ob denega-
tam à Principe iustitiam: repressaliæ verò sint species belli)
non malè respondetur: privatam injuriam, uni alicui dun-
taxat illatam, qualis in nostrâ quæstione est denegatio vel
protractio iustitiæ, nequaquam esse justam & legitimam
belli causam: sed causam belli debere esse publicam.
- 361 Ratio præterea diversissima est belli & repressaliarum.
Bello namque petitur Princeps, qui injuriam fecit: nec
non illi, qui vel expressè, vel tacitè, approbant Principis
362 factum. At repressaliis petitur ille, & quidem principaliter,
qui nec deliquit, nec in delictum consensit unquam.
Ac sanè Divus Augustinus in *allegato loco suprà num. 331.*
agit de bello, quod inferri debet genti vel civitati, propter
iustitiam, non à Principe seu magistratu, sed ab ipsa gente
vel civitate denegatam aut neglectam. Ideoque valde
impertinenter Augustini auctoritas ad propositum allega-
tur. Sed & illud, quod de bello in contrarium afferri as-
solet, accipiendum est de bello, ex publica necessitate sus-
cepto, ad propulsandam videlicet injuriam vicinæ gentis,
maximè Sarracenicæ, & à nostra puriorereligione & chris-
tianitate prorsus alienæ: quæ Sacro Romano Imperio
suos nervos & vires nefariè subtrahit, *argument. can. justum*
est bellum. 1. causa. 23. quæst. 2. & notat. Bartolus in l. hostes.
- 363 *24. num. 14. ff. de captiv. & postlim. revers.* Secus verò est
in injuria, alicui privato illatâ. Pro eâ enim totæ gen-
tes ad arma concitari non debent: cum ex parva sæpe
scintilla magnum horrendumque oriatur incendium, *ar-*
gument. l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad leg. Aquil. & cap. si egres-
- 364 *sus. §. ext. de injur. & dam. dato.* Quapropter Judex sive
Princeps circumspèctus atque discretus esse debet: ne oc-

casione cujuscunque litis facilè patiatur statum, & tran-
quillitatem Reipublicæ turbari aut convelli, *argument. l. si*
quis ingenuum. 21. §. ult. ff. de captiv. & postlim. revers. l. 1.
§. quies. 12. ff. de offic. præfecti urbi. & l. congruit. 13. in princ.
ff. de offic. Præsid. Unde bellè ac scitè canit Ovidius, *lib. 1.*
de remed. amoris:

Principis obsta: serè medicina paratur,
Cùm mala per longas invaluere moras.

Ad quintum argumentum contrarium (quò dictum fuit,
suprà n. 332. negligentiam Rectorum sive Principum nocere
debere civibus: propterea quod hi illos elegerint) respon-
dendum puto per inficiationem sive negationem conse-
quentiæ. Haudquaquam enim unius est subditi, constituere
& eligere Principem: sed totius Populi, aut Statuum Im-
perii. Quin & illud in confesso est: quòd Magistratus
non semper electione constituatur: sed aliquando etiam
successione, aliisvè modis ad regnum evehatur: ut pro-
inde subdito nihil plane imputari possit quando magi-
stratus iustitiam non administrat, nec jus exteris legitime
reddit. *Herman. Kirchner. vol. 1. orat. 11. & 12.* Hinc-365
que argumentum à procuratore, officium suum negli-
gente, ad magistratum, iustitiæ administrationem negli-
gentem, minime procedit: maxime, cum procurator non
solum consensu, sed & mandatu domini aliena negocia
administret. *l. 1. ff. de procuratoribus.*

Ad sextum & postremum Antagonistarum argumen-366
tum, *adductum suprà num. 333.* quod attinet: ad id mul-
tipliciter responderi poterit. Nam primò, propter iusti-
tiam uni atque alteri denegatam, Rex sive Princeps non
protinus à folio est deiiciendus: sed is demum ab officio
deponendus erit, qui iustitiæ administrationem penitus ne-
gligit, nec cuiquam ius suum unquam tribuere satagit.
Deinde cum iustitiæ administratio in Republicâ promoveri
& conservari queat hoc medio: ut nempe magistratu,
iustitiam negligente, ab officio remoto, alius in locum ipsius
surrogetur, qui iustitiæ & æquitati studeat: non erit pro-
fectò per iniquissimum hoc repressaliarum remedium ad
iustitiæ administrationem Princeps cogendus, quò non
tàm ipse, quàm innocens subditus crudeliter prematur.
Denique neutiquam conceditur: in locum hujus, iusti-367
tiam denegantis, substitutum ac surrogatum esse Princi-
pem, repressalias exercentem, maximè quatenus eas exer-
cet: cum illæ ad officium boni magistratus haud perti-
neant, sed potiùs ei planissimè adversentur: ut ex iis, quæ
hactenus in medium allata sunt, satis superque cla-
rescit.

Tandem nihil quicquam moverit, quod objectari ul-368
terius solet: plerosque Doctores, paucissimis dissentienti-
bus, statuere; repressalias omni jure, adeoque divino, na-
turali, gentium & civili valere atque permissas esse. Et-
enim multitudo errantium non parit errori patrocinium,
ut tritum sermone dictèrium habet: sicque non ex mul-
titudine Auctorum, quod melius & æquius est, judicari
debet: cum possit unius deterioris interdum sententiam369
multos & majores aliqua in parte superare, pronunciantem
ipso Imperatore Justiniano, in *Proam. Digestor. sive l. 1. §.*
sed neq. ex multitudine. 6. C. de vet. jur. enucleand. Et id-370
eo opinatio multorum, quæ jure & rationibus firmis non
stabilita atque munita est, licite sperni repudiarique potest:
ut bene tradidit Panormitanus in *c. 2. ext. de usur. & in c.*
Capellanus. 4. ext. de feriis. & ibid. Joan. Andreæ. & in c. 1.
de constitut. eosque laudans Nicolaus Reufnerus consilior.
lib. 1. consil. 7. num. 116. & seq. Dilutis igitur & destructis
omnibus adversæ opinionis fundamentis; constanter &
intrepide concludendum judico: repressalias nullo omni-
no jure aut prætextu defendi posse: ac proinde ad extre-
mos Garamantas usque & Indos relegandas, nec non
ex universa hominum communitate exter-
minandas esse.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

TIT. XVI.

Principium Tituli.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duæ proficiuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio; quam ex stipulatu, si incerta sit. Quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis sive continuatio huius tituli.
- 2 Stipulatio quibus partibus constat.
- 3 Stipulatio unde denominetur.
- 4 Quando de re constat, nomen non curatur.
- 5 Stipulatio quomodo definiatur.
- 6 An stipulatio verus ac proprius sit contractus.
- 7 Stipulatio quibus in locis contractus appelletur.
- 8 A proprietate verborum in dubio non recedendum.
- 9 Omnis conventio aut nudum pactum est, aut contractus.
- 10 Monstrum non est homo.
- 11 Definitio cui non competit, eidem nec competit definitum.
- 12 Mens & intellectus l. Labeo. 19. ff. de verb. significat.
- 13 Nullum simile est idem.
- 14 Quæ ratione stipulatio cum aliis contractibus conferatur.
- 15 Consideratio l. stipulationum. 5. §. 1. ff. de verb. oblig.
- 16 Ex remotione unius generis, non inducitur remotio alterius.
- 17 Contractus & facti sunt & juris.
- 18 Quatenus stipulatio, nominetur cautio.
- 19 Accessorium non idem est cum principali.
- 20 Stipulatio cur contractus sit nominatus.
- 21 Sententia l. in conventionalibus. 52. ff. de verb. obligat.
- 22 Quæ natura sit contractuum nominatorum, & qua innominatorum.
- 23 Stipulatio an sit contractus stricti iuris: an item iuris civilis.
- 24 Num omnes conventiones sint iuris gentium.
- 25 Forma stipulationis in quo consistat.
- 26 Ius civile unde nomen acceperit.
- 27 Quis mortalium primus urbes adificaverit.
- 28 Forma dat essentiam & originem rei.
- 29 Sola verba quatenus stipulationem constituent.
- 30 Stipulationis forma alia generica, alia specifica.
- 31 Verborum solennitas ex stipulatione an sublata.
- 32 Origo omnium legum rogatio censetur.
- 33 Explicatio. c. 6. pro verbior. vers. 1.
- 34 Consensus est à iure gentium.
- 35 Expositio l. an inutilis. 8. §. fin. ff. de acceptilat.
- 36 Stipulatio cur inventa.
- 37 Equid stipulatio per se sola, sine alterius causa adminiculo, consistat.
- 38 Consideratio l. si divorcio. 21. ff. hoc tit.
- 39 Intellectus l. 4. §. fin. ff. si quis cautionibus in iudic. sist. caus. fact. &c.
- 40 Sensus l. 2. §. 3. ff. de doli mali, & met. except.
- 41 Inter absentes stipulatio contrahi nequit.
- 42 Ex inutili stipulatione an oriatur utile pactum.
- 43 Acceptilatio inutilis habet utile pactum.
- 44 Differentia inter stipulationem & acceptilationem.
- 45 Liberatio obligatione favorabilior.
- 46 Consideratio l. si quis pro eo. 5. §. 6. §. 1. ff. de fidejussoribus.
- 47 Interpretatio l. ea, qua. 57. ff. de donat. int. vir. & uxor.
- 48 Declaratio l. non figurâ. 38. ff. de obligat. & actionibus.
- 49 Generi per speciem derogatur.
- 50 Sponsalia quomodo fiant.
- 51 Quis ad interrogata congruenter respondisse intelligatur.
- 52 Quatenus continua interrogatio & responsio ad stipulationis substantiam requiratur.
- 53 Actus extraneus quis sit, iudicis arbitrio relinquitur.
- 54 In continenti quid fieri dicatur.
- 55 Examinatur l. si ex duobus. 12. ff. de duob. reis constit.
- 56 Stipulatio omnis vel in dando consistit, vel in faciendo.
- 57 Stipulatio mixta qua sit.
- 58 Mixtum sub simplicibus continetur.
- 59 Ex stipulatione dandi præcisè aliquis ad dandum obligatur: non item ex stipulatione faciendi.

- 60 In obligatione alternativa cuius sit electio.
- 61 Ratio diversitatis, cur aliud in faciendi, quàm dandæ stipulatione observetur.
- 62 Consideratio l. fideicommissa. 11. §. ultim. ff. de legat. 3.
- 63 Consideratio l. hereditatem. 28. ff. de donationibus.
- 64 Expressa hominis provisio facit cessare provisionem legis.
- 65 Hereditatis appellatione quid contineatur.
- 66 Satisfacere creditoribus quid sit.
- 67 Aliud pro alio, invito creditori solvi nequit.
- 68 Inter artifices magna differentia.
- 69 Reus ex delicto suo commodum sentire non debet.
- 70 Quatenus mora alicui nocere queat.
- 71 Quatenus in debitoris arbitrio situm sit, utrum & quomodo obligatus esse velit.
- 72 Consideratio l. actionum. 25. in princ. ff. de obligat. & actionibus.
- 73 Consideratio l. obligationum. 3. ff. eod.
- 74 Consideratio l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.
- 75 Malitiis non indulgendum.
- 76 Sententia l. sed & ha persona. 35. §. ult. ff. de procuratoribus.
- 77 Maritus & uxor cogi possunt simul cohabitare.
- 78 Sententia l. fin. C. de novationibus.
- 79 Quatenus ille, qui tradere promissit, ad tradendum teneatur, remissive.
- 80 An verborum obligatio non tantum ex stipulatione sed aliis etiam ex causis proficiatur.
- 81 Acceptilatio quam obligationem tollat.
- 82 Quatenus inclusio unius sit exclusio alterius.
- 83 Quæ actiones ex stipulationis obligatione nascantur.
- 84 Certa stipulatio qua sit.
- 85 Incerta stipulatio qua dicatur.
- 86 Boni appellatio non est certa rei significativa.
- 87 Virum is, qui servitutem prædii, vel hereditatem stipulatur, certum, an incertum in stipulationem deducere intelligatur.
- 88 Servitus est ius aliquod.
- 89 Hereditate venditâ, quatenus certa rerum hereditariarum quantitas vendita censetur.
- 90 Ex incerta stipulatione nascitur actio ex stipulatu: ex stipulatione certâ, datur condictio certi.
- 91 Pœna stipulatio, nisi certa sit, non valet.
- 92 Intellectus l. prædia. 21. ff. de actionibus empt. l. si pacto. 14. C. de pact. & l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act.
- 93 Actio ex stipulatu, & condictio certi personalis est, perpetua & in heredes transitoria regulariter.

Absolutis obligationibus sive contractibus, qui re celebrantur: consequens est, ut jam, quomodo verbis contrahatur obligatio, explicetur. Verbis igitur obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, hoc est, stipulatione, hic & l. 1. §. verb. 7. ff. de obligationib. & action. Nam ex interrogatione & responsione stipulatio, tanquam suis partibus constat. l. 1. ff. hoc tit. ibiq. Bart. n. 13. Ac sane stipulatio duplici tropo vocatur verborum obligatio: primo, per synecdochen generis pro specie, κατ' ἐξου; deinde per metonymiam effecti, pro causa efficiente, hic & 1. ff. de verb. obligat. cum de stipulatione ibidem agatur, quæ producit verborum obligationem. d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & act. §. ult. supra, de obligationibus Althus. lib. 1. dicaolog. c. 85. n. 2. lit. h. pag. 298. Stipulatio denominata est à stipulo, quod veteres firmum appellabant, fortè à stipite, cui firmiter quid alligatur, descendens; auctore Imp. Justiniano hic, & Julio Paulo lib. 5. sent. tit. 7. in princ. Ubi intermissa particulâ (forte) audacter, & sine omni hæsitacione asserit; stipulationes ab eo dictas esse, quod per eas firmitas obligationum constringatur. Quorum sententiæ promptius subscribendum censeo, quàm M. Varronis lib. 4. de lingua Lat. itemque Festi in verbo, stipem, & horum asseclarum, Corasii libr. 1. Miscellan. jur. civ. c. 25. n. 8. Mynsingeri hic num. ult. Oldendorpii class. 4. act. 28. in princ. & Bachovii hic n. 3. pag. 741. cum seq. itemq. in not. & animad. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 1. ad lit. A. pag. 789. & seq. qui stipulationem à stipe (id est pecuniâ, arg. l. 1. in princ. ff. de collegiis. vel modico ære. l. ager. 27. ff. de verb. signif. quod in eam frequentius deducitur) nomen accepisse opinantur; quam item Alciati, lib. 1. parerg. c. 39. & Duareni in partitione methodicâ tit. de verb. obligat. c. 1. in princ. qui illam ineptè à Græco verbo σῦψω, id est, astringo, vel ἀπὸ τῆς σῦψης deducunt. Quamvis enim contractus cum stipe vel trunco nihil commune habere videatur: nihilominus tamen, sicut truncus est firmus & stipes munit rem aliam, cui additur; ita etiam stipulatio firmat & munit obligationem aliam, cui subijcitur. arg. l. petens. 27. C. de pactis. Petr. Ricciard. ad rubr. hujus

hujus tit. n. 1. § 69. latiusq. probatur infra n. 36. Sed & nihil similis esse posset, & ne quidem ovum ovo, quam hæc vocabula: *stipes, stipulum, stipulari, stipulatio*. Quemadmodum bellè explicant & sentiunt Cujacius in paratitl. C. de contr. & commit. stip. Schneidevvin. hic num. 14. Rittershusius pag. 422. § Vulte, us num. 18. Osterman. in suis rationalib. hic, pag. 70. § seq. Trentler. d. disputat. 27. th. 1. sub lit. a. vol. 2. Forster. lib. 3. disp. 17. th. 2. Donell. ad l. stipulationum. §. §. stipulatio autem. n. 2. in fine. ff. hoc tit. & idem lib. 14. Comm. de jur. civ. c. 36. p. 352. ibique Hilliger. in suis notatis, ad lit. f. Forcat. Necyomant. dialog. 72. ad fin. Mozzius in tract. de stipulat. in princ. n. 1. cum seq. Hector Richerius in Rubric. ff. de verb. oblig. n. 19. cum seq. Christoph. Phil. Richter. in tract. de contr. disp. 7. th. 1. sub lit. a. p. 161. cum seq. Höflichius progymnasmat. nomicor. cent. decur. 6. lit. b. & Gæddus in Comm. de contrah. & commit. stipul. c. 1. conc. 1. qui de notatione stipulationis omnium accuratissime differtat. Enimverò quando de re ipsa constat, frustra de nomine quaritur aut contenditur. teste Nonio hic. n. 7. cujus curiosa & subtilis indagatio pertinacibus relinquitur; quemadmodum ex Tullio monet Accursius ad rubric. ff. soluto matr. & Heigius hic n. ult.

§ Stipulatio non incommodè definitur contractus, nominatus, stricti juris, jure civili inventus, verbis initus, interrogatione præcedente, eamq; responsione congruâ in continenti subsequente: quo respondens interroganti, ad aliquid dandum, vel faciendum, obligatur, arg. hujus princ. d. l. 1. § l. stipulationum. §. §. stipulatio. 1. ff. hoc t. l. 2. §. ult. ff. de reb. credit. d. l. 1. §. verbis. 7. § l. obligamur. § 2. in princ. §. §. 2. ff. de obligationib. & actionib. Iul. Pac. in Epit. jur. disput. 12. th. 26. Knipschildt exercit. Acad. 6. th. 3. pag. 202.

6 Dicitur generis loco, contractus. Sed controversiâ non caret: num stipulatio, ex quâ verborum obligatio, tanquam effectus ex suâ causa, enascitur. l. 1. §. quod servus. 3. ibi, ut altera stipulatio obligationem pariat. ff. de stipulat. servor. sit verus ac proprius contractus? Et stipulationem verè & propriè contractum esse, negant. Accurs. ad §. conventionales. in verb. rerum contrahendarum. infr. de divis. stipulat. & in l. 2. ad verb. repellere. vers. nec obstat. C. de jur. emphyteut. Bartol. Alciat. Brecheus & Fornerius ad l. Labeo. 19 ff. de verb. signific. Iason in d. l. stipulationum. §. num. 4. ff. hoc t. Robert. lib. 2. sentent. jur. c. 12. Hopperus libr. 2. περὶ τῶν ἐν τῇ ἐν τῇ. Idque commune Dd. esse pronunciatum post alios, testatur Emanuel Soarez. in thesaur. recept. sentent. verb. stipulatio. num. 199. & Mozzius in tract. de contractibus in genere, artic. 2. num. 11. Cæterum contrariæ affirmantis sententiæ veritas relucet ex §. 2. sive fin. supr. de obligationibus. Ubi Justinianus Imp. speciem contractus stipulationem, qua verborum obligatio contrahitur, discretè constituit. Quod autem de vero ac proprio contractu ibi loquatur; ex eo convincitur, quod ibidem contractum à quasi sive improprio contractu separat atque distinguit. Idem patet ex hoc principio nostro, juncto princ. tit. infr. de obligat. quæ quasi ex contract. nasc. Cum enim hoc loco Imperator de contractu, quo verborum contrahitur obligatio, ex professo tractasset: subjicit in d. princ. infr. de obligat. quæ qf. ex contr. nasc. hæc verba: Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, &c. Quibus sanè verbis luculenter ostendit, quod in titulis præcedentibus (ubi etiam legit de stipulatione) de veris propriisque contractibus disseruerit: in isto verò demum titulo de quasi & impropriis contractibus tractare velit. Accedit, quod stipulatio non uno in loco expresse contractus appellatur, veluti in l. 1. §. conventionis. 3. vers. adeo. & in fin. ff. de pact. l. non solum. 31. ff. de obligat. & act. l. eandem rem. 9. ff. de duobus reis constit. l. 1. C. ut actiones & ab hered. & contra hered. incip. l. præposteri. 25. C. de testament. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusvè caus. gesta sunt. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. de novation. l. certi. 9. §. quoniam. 3. ff. de rebus credit. & infinitis propè aliis. Credibile autem vel probabile non est, tot locis Imperatores & Jurisconsultos improprie & abusive locutos esse; adeoque non contractum inter veros contractus retulisse; maximè cum in dubio à propria verbi significatione non sit recedendum: nisi manifestum fuerit, id voluisse legislatorem, argument.

l. non aliter. 69. in princip. ff. de legat. 3. Præterea conventionem esse stipulationem, liquidum est ex d. l. 1. §. 3. vers. adeo. ff. de pact. l. qui Roma. 122 §. Flavius Hermes. 2. vers. an nihilominus. ff. hoc tit. Omnis verò conventio aut nudum est pactum, aut contractus. d. l. 1. in fin. cum ll. seqq. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Atqui stipulatio nudum pactum non est: quoniam in nudo ac solo consensu haud consistit, sed aliquid amplius habet, nempe verborum conceptionem. d. l. 7. §. quod ferè. 12. ff. eod. d. l. §. §. 1. ff. hoc tit. d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de act. & obligat. & negotium. l. inter stipulantem 83. in princ. ibi, negotium contrahitur. ff. hoc tit. l. 2. §. 1. cum §. seq. & l. in quibuscunque. 48. ff. de obligat. & actionibus. Igitur contractus est, & quidem propriè. Nisi enim propriè contractus sit, planè non erit contractus; sicuti monstrum, cum propriè homo non sit, nec homo prorsus est. l. non sunt liberi. 14. ff. de stat. hom. l. ostentum. 38. cum ibi notatis ff. de verbor. significat. Denique huic assertioni suffragantur. Nicolaus Bellonus lib. 2. supputation. juris. cap. 2. num. 1. & 2. Anton. Guibert. lib. 1. questio. jur. c. 8. Donellus ad l. 2. §. 5. num. 10. & seq. ff. de reb. credit. Borcholt. in Commentar. ad tit. ff. de verb. obligat. cap. 1. num. 62. & 63. Gædd. d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 27. cum seqq. Hackelman. disputat. illust. 22. th. 2. lit. D. Schröter. diatribar. domest. dec. 7. q. 7. Hænon. disputat. 14. ad Instit. controvers. 1. ad lit. a. Walther. lib. 1. miscellan. cap. 23. Forster. disputat. 17. thes. 3. Hunn. lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 4. quest. 1. Trentler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. B. ibique Bachov. in suis not. p. 795. & Hunn. in suis resol. quest. 2. p. 49. & seqq. Paul. Berens. disput. 10. ad Instit. them. 1. quest. 1. Schickard. Disput. 13. ad Instit. th. 1. ad lit. b. Ricciardus ad rubric. hujus t. n. 94. cum multis seqq. aliisque plures, quos laudavimus supra ad d. §. final. tit. de obligationib. n. 16.

Huic opinioni verissimæ primò non obstat hoc dissentientium argumentum: Cui non competit definitio, eadem nec definitum competere potest, argument. l. 1. §. dolum. 2. ff. de dol. mal. Contractum autem Labeo in d. l. La- beo. 19. ff. de verb. significat. definit ultro citroque obligationem, hoc est, conventionem ab utraque parte contrahentium producentem obligationem, & ex obligatione actionem. l. dedi. 3. §. quinimo. 4. ff. de condi. caus. dat. cum similibus. Atqui stipulatio talis non est; id est, non parit obligationem διπλεύων sed μονοπλεύων. d. l. 1. §. verbis. 7. & d. l. obligamur. § 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. §. 1. ff. hoc tit. & hoc princ. nostro. Ergo stipulatio propriè contractus non est. Hoc, inquam, argumentum non obstat. Quia Labeo in d. l. 19. ff. de verb. significat. noluit omnem definire contractum: nec ex sua naturâ; atque ex proprietate verbi, vel ex usu juris authorum, contractum definivit: sed voluit tantum declarare mentem Prætoris Urbani, cujus edictum ipse fuerat interpretatus. Cum enim hæc verba, actum, contractum, gestum, conjunctim in edicto legerentur: ea interpretatus est Labeo ex instituto loquentis; atque ideò cum Prætor verbum contractus specialiter, pro eo contractu, qui ex utraque parte obligationem parit, usurparet; sicque vocabulum istud ab usitatâ generali significatione ad certam speciem restringeret: voluit Labeo, ex mente Prætoris, contractum ultro citroque obligationem definire. Nec tamen propterea dicendum est: propriè & logicè contractum à Jurisconsulto fuisse definitum: sed potius leviter & qualitercunque descriptum, posito per metonymiam effectû pro causâ, id est, obligatione pro conventionem, unde illa nascitur, D. Hunn. dict. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 2. quest. 1. vers. nec refragatur, &c. d. tract. 4. quest. 1. vers. his contraria, &c.

Secundò non obstat hoc argumentum: Nullum simile est idem, argument. l. quod Nerva. 32. ff. deposit. Sed in d. l. stipulationum. §. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. & §. conventionales. 3. infr. de divis. stipulat. æquiparatur stipulatio contractibus: tum quod conventionem reorum, sive utriusque partis sit & concipitur: tum quod super quacunque re fieri potest contractus; potest etiam fieri stipulatio. Ergo stipulatio propriè non est idem, quod contractus est, hoc est, non est contractus. Non obstat, inquam, hoc argumentum. Stipulatio namque cum aliis contractibus confertur & comparatur, non ratione

ratione generis, & quatenus contractus est; sed ratione speciei. Quemadmodum enim canem cum catulo; & Mantuam cum Româ rectè comparo: & tamen haud propterea Mantua species civitatis esse negatur, aut catulus ex genere canum eximitur: ita nec ex eo, quod stipulatio cum aliis contractibus comparatur, consequens est, eam propterea contractum, sive ex contractuum genere non esse: idque latius explicat Gæddens d. comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 41.

15 Tertiò non obstat d. l. stipulationum. §. §. stipulatio. 1. ff. hoc tit. ubi stipulatio definitur non contractus, sed verborum conceptio. Atqui verborum conceptio non est species contractus: alioquin actionum, exceptionum, bonorum possessionis, interdictorum, juramentorum, sententiarum formulae, quia verborum sunt conceptiones, etiam contractus essent: quod est idôvato. Ergo stipulatio non est contractus, Non, inquam, obstat. Haud enim ex remotione unius generis inducitur remotio generis alterius. Non idcirco aliquid negatur animal esse: quia homo non sit: quia ratione non utatur: cum plura sint animalia. Sic etiam etsi quædam verborum conceptiones non sunt contractus: non tamen sequitur, prorsus nullas esse ex genere contractuum. Præterea stipulatio, non quatenus verborum conceptio, sed conventio est, species contractus perhibetur. Reliquæ autem formulæ ac conceptiones verborum, quia conventionem non habent, neque commercii causam: idè etiam contractus non sunt, Gædd. d. conclus. 1. num. 42. & seq. Adde, quod pro diverso respectu, diversaque consideratione, quam sortitur stipulatio, diversam quoque recipiat appellationem. Respectu generis sui stipulatio rectè dicitur conventio & contractus: respectu verò formæ suæ dicitur verborum conceptio. Proinde non sequitur: stipulatio est verborum conceptio. Igitur non est contractus. Hunn. d. tract. 4. quest. 1. vers. ad quartum, &c.

17 Quartò non obstat hæc argumentatio: Contractus sunt facti. l. consilio. 7. ult. ff. de curatorib. furioso, & aliis extra minor. dand. At stipulatio est juris: cum non à facto interrogandi & respondendi; sed à jure, nempe à firmitate ejus appellatur, ut liquidum est ex hoc principio nostro, & Paulo, prædicto lib. 5. recept. sent. tit. 7. Contractus igitur non nisi improprie & abusive dicitur. Non obstat, inquam, hæc argumentatio: quoniam contractus non tantum facti sunt, sed & juris: cum obligatio, quæ juris vinculum est, ex contractu nascatur, initio tit. supr. de obligationib. Deinde stipulatio non solum juris, sed etiam facti est: quia interrogare & respondere, in quo forma stipulationis est posita, in facto magis, quam in jure, consistit. Hunn. modò dicta quest. 1. in fine.

18 Quintò non obstat l. sancimus. 3. C. de verbor. & rer. significat. Ubi stipulatio nominatur cautio. At cautionem non esse contractum, indubitatum est. Etenim respondetur; quod etiam pignus dicitur cautio, nimirum à fine & effectu suo; quia præstat securitatem. §. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. 1. §. jubet. 9. ff. de collat. bonor. & tamen pignus contractum verum esse, convincitur ex d. §. ult. supr. quib. mod. re contrah. obligat. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypoth. Metonymia igitur effecti est, quando stipulatio vocatur cautio. Siquidem, ut nobis magis cautum sit, stipulatio interponitur: & quia nobis cavet, idè cautio appellatur. Gædd. d. c. 1. num. 47. Berens d. disp. 10. them. 1. quest. 1. vers. non tutatur, &c. Iustus Schütz exercit. jur. disput. 14. th. 2. in fine. p. 210.

19 Sextò & ultimò non obstat talis ratiocinatio: Si stipulatio est accessorium contractus, & pendet ex antecedente aliquo contractu: tunc non erit ipsa stipulatio contractus: quoniam accessorium nunquam idem est cum principali, argument. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. Atqui verum est prius. l. stipulationum. §. in princ. vers. conventionales. ibi, pendent ex negotio contracto. ff. hoc tit. Ergo & posterius: ac proinde stipulatio non erit dicenda contractus, sed accessio potius contractus. Talis, inquam, ratiocinatio non obstat. Consequentia enim merito negatur: quandoquidem & pignoris contractus, quem verum ac proprium esse contractum paulò ante dictum est, aliis contractibus firman-

dis accedit, & ex negotio contracto pendet. Et quatinus accessorium à principali semper sit diversum specie: non tamen semper est diversum genere. Taceo, quod stipulatio non semper pendeat ex contractu præcedenti, sed per se etiam, sine alterius contractus adminiculo, & absque ulla antecedente obligatione subsistere queat. Gædd. d. Comment. c. 5. concl. 2. num. 5. cum seqq. Hunn. d. q. 1. vers. ad secundum respondeo. &c.

Dicitur in definitione, nominatus. Quia stipulatio & 20 formam habet specialem ac propriam, & proprium elegansque nomen habet l. 1. in fine. ff. de pact. Schneiderv. hic num. 5. Zaf. ad l. num. 1. ff. hoc tit. Alciat. in rubric. ff. hoc tit. num. 28. Cujac. & alii ad dict. l. 1. & l. juris gentium. 7. ff. de pact. hosq. referens Gæddens d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 3. num. 53. Cui non adversatur l. in conventionalibus. §. 2. in princ. ff. 21 hoc tit. Ubi responsum est, in stipulationibus conventionalibus contractui formam dare contrahentes. Ibi namq. Jurisconsultus haud de propria & internâ, quæ in ipsa interrogationis ac responsionis conceptione consistit, sed de externa & extrinsecus accedente formâ stipulationis agit. Gædd. d. c. 1. num. 53. & c. 4. conclus. 1. num. 1. Sic quo- 22 que non refragatur, quod hæc natura sit nominatorum contractuum, ut quamprimum in esse producti fuerint, id est, perfecti & conventionè constituti, ex iis actio detur: ex innominatis verò non detur, nisi secuto implemento; ut notant Bartol. Bald. & Fortunius Garcias num. 86. ad d. l. juris gentium. 7. ff. de pact. Atqui ex stipulatione sapienter agi non possit, quamprimum est in esse producta; sed expectandum sit, ut vel aliquo facto, aut non facto; vel dato, committatur. §. omnis. 2. cum seqq. & §. ult. infr. hoc tit. nostro. l. in illa stipulatione. 8. cum l. seq. & l. cum stipulatus. 113. ff. eodem l. magnam. 12. Cod. de contrah. & committ. stipulat. Hoc, inquam, non refragatur: quia verisimilius videtur, non eam esse veram & substantialem differentiam nominatorum & innominatorum contractuum: quod illi quamprimum in esse producti sunt, pariant actionem: hi non nisi aliquo facto, vel dato, aut remisso secuto. Etenim si id ita esset, neque emptio-venditio, neque locatio-conductio, neque societas, neque ullus alius contractus conditionem habens, vel ex certo die incipiens, posset nominatus censeri, per l. obligationum ferè. 44. ff. de obligat. & actionib. l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat. Idq. prolixius excutit. Gædd. d. c. 1. num. 53. & seqq.

Dicitur præterea, stricti juris, jure civili inventus. Sti- 23 pulatione non esse contractum stricti juris, expeditum & notum est ex l. in actionibus. §. §. ult. & l. seq. ff. de in lit. jurand. §. actionum. 28. infr. de actionib. ubi Zasius num. 4. & ego num. 62. Sed an illa sit contractus juris civilis, admodum est controversum? Siquidem illam juris gentium esse, asseverant Albericus de Rosat. d. l. legitima. 6. ff. de pactis. Ravard. lib. 4. varior. c. 1. n. 5. Bernhard. Walther. d. lib. 1. miscel. c. 11. Forcat. Necyom. diut. 72. num. 1. Ch. flet. lib. 1. de jur. fideicom. c. 1. sub finem. Ferret. ad rub. ff. de verb. obligat. num. 4. & alii. Contra verò stipulationem juris civilis contractum esse, tenent Accursius, Bartol. Bald. & Iason ad l. ex hoc jure. §. ff. de just. & jur. aliq. complures quos citavimus ad §. jus autem civile l. n. 29. supr. de jur. nat. gent. & civ. Quibus jam adjiciamus Petrum Richardum ad rubricam hujus tit. n. 35. cum multis seqq. p. 202. Tobiam Nonitum ad §. omnis. 2. n. 10. hoc tit. p. 495. & seqq. Hunnium. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 4. quest. 2. Fomannum disput. 1. th. 21. lit. C. & thes. seqq. Giphanium in d. rubr. tit. ff. de verb. obligat. num. 16. cum seqq. Olemann. ad disputat. 26. Giphani. num. 7. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 36. D. Collegam Besold. disput. 3. Pand. ad l. §. thes. 5. Andreæ Gerhardi decad. 13. q. 6. Hilliger. in Donell. enucl. lib. 14. c. 36. ad lit. a. Schröterum d. dec. 7. diatrib. domest. q. 8. Vngepaur. exerc. iustit. 11. q. 1. p. 399. cum seqq. d. ult. & Paulum Berens disp. 10. Instit. them. 1. q. 2. Hæcque verâ & communiter recepta sententia probatur per l. ea. quæ civ. 53. ff. de acq. rer. dom. §. de con. stit. 9. infr. de action. l. si ita stip. 126. §. Chrysog. vers. planè si præced. ff. hoc tit. & alia jura, quæ adduximus supr. ad d. §. 1. n. 23. & seqq. de jur. nat. gent. & civi

- 24 Huic conclusioni non resistit, quod omnes conventiones, tam nominatae, quam innominatae, sunt juris gentium. *l. juris gentium. 7. ff. de pact.* Stipulatio autem est nominata conventio. *d. l. 1. in fin. ff. eod.* Nam breviter respondetur: quod argumentum istud laboret imperfecta partium enumeratione: cum quaedam etiam nominatae conventiones sint juris civilis; ut stipulatio, de qua hic: item literarum obligatio, & sponsalitia largitas, sive donatio propter nuptias: de quibus dictum est supra ad d. §. 1. tit. de jure natura, gentium & civili num. 36. & seq. Eaque de re videatur Vultejus hic num. 6.
- 25 Sic quoque non obest hoc argumentum: Forma stipulationis consistit in verbis, id est, interrogatione & responsione. *l. 1. & l. stipulationum. 5. §. 1. ff. hoc tit. l. 1. & l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat. l. 1. §. verbis. 7. ff. de obligat. & actionib.* At verba, & usus interrogationis responsionisque juris sunt gentium, non civium Romanorum propria. Tum quia nulla gens est, quae verbis non utatur: tum quia jus civile nomen accipit à civitatibus conditis, cum quibus coepit, & crevit. *§. singulorum. 11. supr. de rer. divis. l. omnes populi. 9. ff. de justit. & jur.* Primus autem mortalium Cain urbes septem aedificavit, ut testis est Philo Judaeus in libro *Biblicar. antiquitat.* Quis verò credat, sine adjumento hominum conditas has fuisse urbes, sicque sine interrogatione, sineque responsione ad interrogata? cum quilibet ei opem suam promitteret, & tigna hinc inde ferenda, coquenda, paranda, dolanda. Sed & Nimrodus, Babylona, Urbem amplissimam, paulò post diluvium extruxisse perhibetur. Ergo si forma stipulationis spectetur: ea antiquissima esse deprehenditur. Cujus autem forma juris gentium est, id quoque ipsum est juris gentium: cum forma esse sive ipsam essentiam & originem cuique rei dare dicatur. *l. Julianus. 9. §. sed si quis in fine. ff. ad exhib. l. cum hi. 8.*
- 29 in princ. & §. si prator. 17. ff. de transactionib. Hoc, inquam, argumentum non obest. Sola namque verba, sive sola interrogatio & responsio per se & absolute non constituunt stipulationem, sed tum demum, si animo contrahendi, commerciumque exercendi intercedant. *d. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. de pact.* Et sanè si sola verba, si sola interrogatio & responsio stipulationem constituerent: nullum pactum posset per interrogationem & responsionem contrahi, & omne negotium, quod verbis tractaretur, stipulatio esset: cum contra saepe etiam interrogando respondendoque pacta, *d. l. 7. §. 12. ff. eod. & alii contractus fiant. l. si stipulor. 35. §. fin. ff. hoc tit.* Itaque rectè distinguitur inter formam genericam & specificam: ita ut stipulationis forma generica in quavis interrogatione & responsione, qualis fortasse aliis etiam gentibus cum Romanis fuit communis, consistat; at forma stipulationis specifica (quae propria est civium Romanorum) sit solennis interrogatio & responsio: sic ut non solum responsio interrogationi congrua, sed etiam interrogatio atque responsio verbis articulatis ore prolata esse debeat: adeo quidem, ut interrogatio praecedat, & mox responsio subsequatur; quemadmodum
- 31 infra suo demonstrabitur loco. Nec moverit, quod verborum solennitas ex stipulatione sublata sit per constitutionem Leonis Imperatoris. *d. l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat. & infra ad §. 1. hoc tit. audiemus.* Etenim propterea solennitas interrogationis & responsionis haud sublata censetur. *D. Hunn. d. lib. 3. tractat. 4. q. 2. vers. ad tertium responsio, &c.*
- 32 Similiter non obest, quod lex non potuerit esse inventrix stipulationis, cum per stipulationem prima lex facta sit. *l. 1. ff. de legib. §. lex est. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* adeoque mater filiae suae gnata nunquam esse possit: & origo omnium legum rogatio censetur: eò, quod interrogaretur populus, an hancce legem ratam haberet? Nam non omnis rogatio, & ad eam facta responsio, est stipulatio: nec in ea conceptione simpliciter consistit. Deinde quando lex definitur, communis Reipublicae sponso, in d. leg. 1. ff. de legib. & quam populus, senatorio magistratu rogante, jussit vel tulit. *d. §. lex. 4. supr. de jur. nat. gent. & civ.* non hoc significatur, quod sit fa-

cta per contractum, quem appellamus stipulationem: sed per suasionem senatoriam vel honorariam, & subsecutum populi jussum. Stipulationem quippe non promissoris jussu, sed sponsione fieri, plusquam manifestum est. *D. Gædd. prædicto Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. c. 1. conclus. 1. num. 29.*

Casâ insuper nuce vanius est, quod objicitur *ex cap. 6. 33* proverbiorum. vers. 1. ibi cum Rex Salomon, Fili mi, inquit, si sponderis pro amico tuo, defixisti apud extraneum animam tuam, illaqueatus es verbis oris tui, & captus propriis sermonibus: inde colligi putatur, stipulationem apud populum quoque Israëliticum in usu fuisse, adeoque eam civium Romanorum propriam non posse dici. Etenim dictum illud Salomonis nequaquam de sponsione, quae fit solenni stipulatione; sed nudâ & simplici sponsione atque promissione accipiendum est. Hanc juris gentium esse, facile conceditur: illam verò juris civilis esse, meritò statuitur. *Hunn. d. quest. 2. in fine.*

Nullius item hili aut pili illud est: Stipulatio non fit sine consensu. *d. l. 1. §. penult. ff. de pact. l. in omnibus. 5. ff. de oblig. & act. l. quidquid adstringenda. 99. ff. hoc tit.* Consensus autem sine dubio est à jure gentium. *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. d. l. 1. & 7. ff. de pact.* Quamvis enim stipulatio causam habeat à jure gentium: tamen propter formam ipsi à jure civili datam, rectè dicitur esse juris civilis: quoniam forma dat esse rei, præallegatâ *l. Julianus. 7. §. sed si quis. ff. ad exhibend.* Ideoque solo consensu non perficitur stipulatio: sed ad eam etiam solennitas quaedam verborum, quae ex interrogatione præcedenti, & promissione subsequente constat, requiritur. *d. l. 1. §. verbis. 7. ff. de oblig. & act. d. l. 1. ff. hoc tit. Berens. d. disput. 10. quest. 2. vers. quinto adducitur, &c.*

Denique non refragatur textus in *l. an inutilis. 8. §. fin. ff. 35* de acceptilat. ubi expresse traditur, acceptilationem esse juris gentium. Atqui nulla est acceptilatio, quae non fiat per stipulationem. *§. 1. infr. quib. mod. tollit. obligat.* Ergo dicendum videtur: stipulationem etiam esse juris gentium. Textus, inquam, ille non refragatur. Quia responsio ex illis subsequentibus dictâ *l. 8. verbis parata est: hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio.* Quasi dicat Ulpianus JC. acceptilatio non ex sui naturâ, sed ex usu saltem hominum juris gentium est. Etenim ab initio stipulatio fuit & origine & usu juris civilis inter cives tantum Romanos, & linguâ Romanâ fieri solita: postea verò tam invaluit usus stipulationis apud omnes gentes, ut usu juris gentium esse coeperit. Credibile tamen est: id maximè factum esse in Orbe Romano, & inter eos, qui essent Imperii Romani, sive Græci, sive Pœni, sive Galli, &c. *d. l. 1. §. ultim. ff. hoc tit. Hucque referenda sunt, quæ latius ad dissolutionem istius argumenti explicuimus supra in d. §. 1. tit. de jur. nat. gent. & civ. num. 31. & seqq.* Cæterum plura, quæ nostram infringere videntur sententiam, diligenter confutarunt D. Gæddeus, Vultejus, Ungepaur, Hunnius & Berens locis supra designatis. Vide de eadem quaestione Bachovium in not. & animadvers. ad Trentler. vol. 2. disp. 27. th. 1. lit. C. pag. 796. & seq.

Porro ad illud definitionis verbum (inventus) notandum 36 est: stipulationem utilitatis gratiâ, & aliarum obligationum firmandarum causa esse adinventam. *l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. hoc tit. l. 1. §. & sciendum. 4. ff. de prator. stipul. Paul. lib. 5. sentent. receptar. tit. 7. Mozz. in tract. de stip. tit. quare sit inventa stipul. n. 1. & seqq. Bachov. dictis not. ad Trentler. lit. D. p. 799. ibiq. Hunnius in suis resol. q. 4. p. 53. ubi explanatius hoc perseq. Hinc tamen protinus (cum Gomezio tom. 2. var. resol. jur. civ. c. 9. n. 3. in fin. & c. 11. n. 3. Alex. in l. à Titio. 108. ff. hoc tit. Ias. in l. lect. 40. n. 25. ff. de reb. cred. Felino in c. si cautio. 14. de fide instr. Lorio de pact. c. 59. Cujac. ad d. l. 5. sent. Pauli tit. 7. in pr. Vultejo hic n. 19. Rittersh. p. 422. Goveanol. i. var. lect. jur. c. 34. Wesenb. in par. ff. hoc tit. n. 10. Connano lib. 5. Comm. jur. civ. c. 9. n. 7. D. Bocero hic n. 25. & seqq. p. 226. cl. 2. disp. 15. sub th. 95. ed. 2. Knipschildt d. exer. 6. q. 1. p. 214. pluribusq. aliis) haud concludendum est: stipulationem per se solam nunquam subsistere. Ad quid enim stipulatio prodita, ad 37 quid tam curiosè & sollicitè tradita esset, si per se sine alterius contractus causâve adminiculo non consisteret?*

Quid?

Quid? si stipulatio per se efficax, & firma obligandi causa non foret sine aliâ; certè non ex stipulatione, sed ex stipulationis illius causa solvi oporteret, & frustra referretur inter causas sive titulos acquirendi. Sed hoc posterius falsum est. §. *ultim. infr. per quas pers. nobis oblig. acq. & hoc princ. nostro. l. jur. gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 2. §. fin. ff. de reb. cred.* Ergo & illud prius. Quinimò si stipulatio absque alterius contractûs subsidio non constaret, minùsque promittentem obstringeret: sequeretur, illam alicui causæ vel conventioni subditam, firmam permanere non posse; eâ corrumpente: *l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur.* At firmam illam permanere, & ex stipulatu actionem producere, etiamsi causa ista intereat, liquidò constat *ex l. 3. ff. de rescind. vendit. l. vindicantem. 17. & l. seq. ff. de evictioib. l. si ex precio. 6. C. si cert. petat. & similib.* Et si igitur stipulatio aliis etiam contractibus, maximè verò pactis frequentissimè accedit. *d. l. stipulationum. §. in princip. vers. conventionales. & l. si ita stipulatus 126. §. 2. vers. superest, quæramus. ff. hoc tit. Paul. d. lib. 5. sentent. recept. tit. 7. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. Petens. 27. & l. seq. C. d. t. de pactis,* non tamen propterea eorum naturam prorsus assumit. *Timæus Faber disp. 23. ad Institut. Imperial. th. 1. lit. a.* Eodem facit *l. à Titio. 108. ff. hoc tit. ubi valet stipulatio, quâ quis* 38 *promisit centum, si in capitolium aliquis ascenderit. Eandem sententiam inagis confirmat l. si divortio. 21. ff. eodem. ubi sine ullâ præcedente obligatione solius liberalitatis gratiâ stipulatio erat facta; nec ulli præcedenti negotio accesserat: & tamen stipulatio valere dicitur. Neque huic satisfacit responsio dissentientium quorundam; quòd utique causa in istâ lege subfuerit, dos nimirum prius debita. *Et si enim ex causa dotis illic stipulatio proponitur facta: falsam tamen istam causam fuisse ostenditur: adeoque reverâ nulla præcessit obligatio, cui stipulatio accesserit.**

39 *Nec obstat huic sententiæ l. sed & si quis. 4. §. fin. ff. si quis cautionib. in judic. sist. caus. fa. 3. & c. ubi quidam (qui propterea sistendû causa cavere non debuerat, quia fortassis pater erat, vel alia persona necessitudine junctus, aut rem immobilem possidebat) satisdatò promisit: quæsitum est, an fidejussoribus ejus competat exceptio doli, sive in factum? Distinguit Ulpianus J.C. utrûm fidejussio seu stipulatio certâ conventionem facta ab eo, qui jure tutus erat ab hoc cautionum genere, an per errorem: ut hoc casu locus fiat exceptioni, illo verò non item. Non, inquam, ista lex obstat. Nam in eâ idcirco datur locus exceptioni; quia promissor erraverit in illa causa: quàm si falsam scivisset, satisdatò non promississet. Rectè igitur Jurisconsultus distinguit: num facti errore, an verò certâ conventionem stipulatio & satisfactio facta sit ab eo, qui jure tutus ab hoc cautionum genere fuerat: ut illo casu locus exceptioni, hoc verò casu minimè relinquatur.*

40 *Nec item oberit huic assertioni l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali, & metus except.* ex quo textu Dd. communiter colligunt: stipulationem, ni causa aliqua subsit, non valere, & semper doli mali exceptione propulsari. Non etenim hæc est illius §. 2. sententia: propterea quòd inibi Ulpianus non indistinctè ob defectum causæ doli mali exceptionem competere asserit: sed ita demum, si errore lapsus sit, qui promisit; nec promissurus fuisset, si causæ falsitatem scivisset: aut si ob certam causam, quæ sequi debebat, promisit, nec secuta est: ut exemplum de stipulatione, quæ spe futuræ numerationis fiebat, *in vers. proinde, & c.* & illa verba: *& si, cum interponeretur, justam causam habuit, & c.* luculenter ostendunt. Atque ita, post *Castrensem in l. quoties. 29. num. 9. ff. soluto matrim. Fulgosum in l. generaliter. 13. num. 5. & 6. C. de non num. pecun. & Biguer. in rubr. ff. hoc tit. num. 21. non insul- se docent Emanuel Suarez in addit. ad Gomezium d. c. 9. num. 3. ad verba: ut in l. 2. §. circa ff. de doli except. & in thesauro receptar. sentent. lit. S. num. 201. cum seqq. Arumans exerc. Iustin. 13. th. 2. & Gæddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. conclus. 5. n. 70. & seqq. item cap. 5. conclus. 2. num. 5. & sequentibus. Vide eadem de re utramque in partem fusiùs dissertan-*

tem Riemerum *decad. 10. q. illustr. 1. Frantzium exercit. jurid. 10. quest. 1. pag. 289. cum seqq. & Bachovium, in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. A. vers. semper stipulatio accedit. pag. 790. & seqq.* ubi circa finem addit: utcumque summo & mero jure ex stipulatione sine causa nascatur obligatio & actio: attamen petenti ex hujusmodi promissione obstituram exceptionem, *argum. l. si quis, cum aliter. 36. ff. hoc tit. junctâ d. l. 2. §. circa. 3. ff. de doli mali, & met. except.* Vide ibidem Hunnium in suis resolutionib. *quest. 1. pag. 47. & seqq.*

Dicitur in definitione, *verbis iniis.* Verbis, scilicet 41 *aptis, linguâ figuratis, seu ore prolatis; l. 1. ff. hoc tit.* Unde liquet; inter absentes stipulationem contrahi non posse: *d. l. 1. in princip. & §. 1. ff. eod. l. 1. C. de contrah. & committ. stipul.* Imò nec nutu sive scripto vel epistolâ; aliisvè signis; inter præsentem, stipulatio contrahi poterit. *d. l. 1. in princip. & §. si quis ita. 2. l. mulier. 70. in fine. ff. h. t. l. 1. §. huic proximus. 13. & §. seq. de oblig. & act.* in tantum, ut ex ejusmodi stipulatione nec utile pactum oriatur. *d. l. 1. §. si quis ita. 2. ibiq. Cujac. Donell. Giphanius, Busius, & Dd. communiter. ff. hoc tit. propterea quòd stipulationem contrahentes, stipulantium,* 42 *non paciscentium animum, habuerint. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. 1. §. eum, qui. 4. ff. de constituta pecun. Borcholt in Comment. de verb. obligat. cap. 1. num. 12. Rober. Disputat. 15. ad Institut. th. 2. Gædd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 3. n. 197. & seqq. Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. E. pag. 799. cum seqq. & ibidem Hunnius in suis resolut. pag. 53. & seqq.*

Cui non obstat *d. l. an inutilis. 8. in princip. ff. de acceptil. & l. si unus. 27. §. penult. ff. de pact.* ex quibus apparet, quòd inutilis acceptilatio utile pactum habeat. At 44 *acceptilatio verbis fit, non minùs, quàm stipulatio. d. l. 8. §. acceptum. 3. ff. de acceptilat.* Nam respondetur: magnam esse differentiam inter stipulationem & acceptilationem. Stipulatio obligationem parit: acceptilatio liberationem, *l. 1. ff. d. tit. §. item per acceptilationem. l. 1. infr. quibus mod. tollit. oblig.* Jura autem proniora sunt ad liberandum, quàm ad obligandum, si ulla sit occasio. *l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & act.* Deinde Jurisconsultus in 45 *objectis legibus innuit: illud ita esse, si utrinque animo liberandi quolibet modo facta sit acceptilatio. Quòd si is animus utrinque non sit, & vel unus in eo dissentiat, quia nolit aliter liberationem evenire, quam eo, quo conatus est, modo: secus erit, nec inutilis acceptilatio utile pactum liberatorium habebit, ut ex ipsis textibus patet.*

Nihil etiam negotiû facessit, *l. si quis pro ea. 56. §. 1. ff. 46 de fidejussoribus.* ex quâ evincitur; si pater à filio, vel dominus à servo stipulatus sit, posse fidejussorem hujus naturalis obligationis cum effectu accipi: adeoque eam stipulationem, quæ ob jus potestatis patriæ & dominicæ civili jure non consistit, naturalem nihilominus obligationem producere, non eâ vi, qua stipulatio est, sed qua pactum in se tacitum habet. Etenim cum pater & dominus intelligant probabiliter nullitatem stipulationis secundum jus civile: utique creduntur ab initio animo pacti contraxisse, ut omni meliore modo valeat. Dein respectu peculiariorum consistit obligatio non indistinctè & ipso jure, sed prætoriâ actione, *ut bene animadvertit Gædd. d. c. 3. n. 202. p. 254. edit. 2.*

Rursus ei, quod dictum est, per scriptum sive episto- 47 *lam contrahi non posse stipulationem, minimè reclamant l. ea, quæ. 57. ff. de d. nat. inter vir. & uxor.* ubi expressus videtur esse textus, quod stipulatio per literas seu epistolam confici possit. Ibinamque literæ sive epistola significat cautionem seu instrumentum, de stipulatione jam antè, & quidem in præsentem, ritè perfectâ, confectum. Id quod relucet ex illis verbis: *cum petenti mihi à te, domine carissime, adnuerit indulgentia tua, & c.* item ex illis: *quæ summa mihi numerata est.* item illis: *quæ mihi hac die donationis causa dare voluisti.* Quæ sanè verba omnia ad actum præteritum respiciunt, & stipulationem jam tum solenniter contractam præsupponunt. Nec ad rem facit verbum, *spondeo*, quod in fine epistolæ habetur.

Illud enim nihil aliud arguit quàm, me, ut jam tum spon-
pondi, ita spondere adhuc, testatum facio hac manu meâ
seu instrumento. Et in hanc sententiam, post Zafium,
Isaionem, Bald. Corasum, & Cujac. inclinant Gædd. d.
c. 3. num. 194. Borcholt. d. Comment. de verb. obligat. c.
1. num. 35. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract.
4. quest. 4. Ungepaur. d. exercit. Iustin. II. quest. 4. pag.
407. cum seqq. edit. ult. & D. Bocerus hic n. 20. p. 225.
 48 *Uterius non obloquitur l. non figurâ. 38. ff. de oblig.*
& act. ubi Paulus, Non figurâ, inquit, literarum, sed o-
ratione, quam exprimunt litera; obligamur. quatenus
placuit, non minùs valere, quod scriptura, quam quod vo-
cibus linguâ figuratis significaretur. Quandoquidem
lex illa generalis est: nec in specie ac nominatim de sti-
pulatione loquitur: & hoc solummodo innuit, quod
conventiones non minùs inter absentes per epistolam,
quàm ore & verbis inter præsentes, celebrari possint. Quod
uti verissimè dicitur de illis contractibus, qui ad sui per-
fectionem & substantiam non requirunt præsentiam aut
verba: ita ad stipulationem, cujus essentia & forma in
 49 *verbis, ore prolatis, consistit, extendi minimè debet. In-*
dubitata quippe regula juris est: semper generi per spe-
ciem derogari: l. in toto jure. 8. ff. de reg. jur. Hunnius. d.
loco. Vide Locamerum quest. juridic. fascic. 35. quest. 7.
 50 *Hoc ampliùs non obstat l. sufficit. 4. ff. de sponsalibus.*
in cujus fine Ulpianus docet, inter absentes sponsalia fieri
posse. Sponsalia autem dicta sunt à spondendo: cum mo-
ris fuerit veteribus, stipulari, & spondere sibi uxores
futuras. l. 2. ff. eod. tit. Nam breviter respondetur: quod
sponsalia duobus conficiantur modis: per stipulationem,
& nudo consensu. d. l. 4. in princ. ff. de sponsalib. per sti-
pulationem, inter præsentes: nudo consensu, ut per epi-
stolam, aut per nuncium, inter absentes. l. fin. ff. d. tit.
Cujac. in l. 1. ff. hoc t. Borcholt. d. cap. 1. num. 36. & seqq.
 Adduntur in definitione stipulationis hæc verba *inter-*
rogatione precedente, eamque responsione congruâ in conti-
nenti subsequente. ex l. 1. §. 1. §. 2. §. 3. §. ult. vers. dum-
modo congruenter respondeatur. l. inter stipulantem. 83. §.
si stipulante. 2. & l. continuus. 137. ff. hoc tit. l. obligamur.
 52 *§. verbis. 2. ff. de obligat. & act. §. præterea. 5. infr. de*
 51 *inutilibus stipulationib. Nisi enim interrogatio responsio-*
ni insit & congruat, ac vice versa: aut manifestus appa-
ret dissensus, aut vitiatum ac corrumpitur forma stipula-
tionis: cum non sit eadem, sed diversa verborum concep-
tio. Imò nisi apta sit responsio & consentanea interrogatio-
ni, ac vice versa: non potest responsio videri. Nam ut quis
congruenter ad interrogata respondisse intelligatur, duo
sunt spectanda: res & sententia. Etenim qui & re & sen-
tentiâ idem respondet: is tandem convenienter & con-
gruè respondisse censetur: non qui alterutro tantum. d.
l. 1. §. si quis ita. 2. §. 3. & §. fin. vers. dummodo. ff. hoc tit.
d. §. præterea. 5. infr. de inutilibus stipulat. Idque expli-
catiùs pertractant. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut.
jur. civ. cap. 9. num. 4. Bachovius in dictis not. ad Treut-
ler. vol. 2. Disputat. 27. th. 1. lit. F. & G. pag. 202. ibique
Hunnius in suis resolut. quest. 8. & 9. pag. 58. cum seqq. D.
Gæddens d. Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 4.
 52 *conclusionem 3. num. 24. & seqq. Cæterùm illa definitionis*
verba, in continenti, evidenter arguunt: continuam in-
terrogationem & responsionem ad stipulationis essentiam
sive substantiam requiri. d. l. 1. §. 1. ubi Isæon. Alexand.
Alciat. & alii. d. l. continuus. 237. in princ. ff. hoc tit. Id
quod non Physicorum more à puncto ad punctum, sed
moraliter & civiliter intelligendum: ita nimirum, ut mo-
mentum aliquod naturæ intercedat. d. l. continuus. 137.
in princ. ibiq. Zafius & Duarenus. ff. eod. Hackelmann.
illustr. quest. disputat. 22. th. 4. lit. a. Matth. Stephani
cent. 3. sub quest. 38. Itaque si longius intervallum, quod
aut actum conceptionis dividat, aut dissensum arguat;
vel peregrinum negotium inter interrogationem & re-
sponsionem intervenerit: continua illa verborum conce-
ptio impeditur. d. l. 1. §. 1. d. l. continuus. 137. vers. cate-
rum si poss. ff. hoc tit. l. duos. 6. §. ult. vers. modicum ta-
 53 *mèn intervallum, &c. & l. si ex duobus. 12. in princ. vers.*
cùm actor. ff. de duobus reis constituend. Porro quodnam
sit negotium peregrinum, vel quis actus extraneus: in

facto magis, quàm jure consistit: ac proinde arbitrio ju-
 dicantis permittitur. l. 1. §. 4. ff. ad SC. Turpillian. Iaco-
 bus Menoch. de arbitr. judic. quest. in prefat. quem refert
 Gæddens. d. cap. 4. conclus. 2. num. 22.

An verò is, qui alterâ die, nullo actu extraneo inter-
 veniente respondit, in continenti sive continuo respon-
 disse censeatur, discrepantes sunt Interpretum sententiæ?
 Non enim desunt; qui affirmativè concludunt, Bern-
 hardus Walther. lib. 2. Miscellan. cap. 21. & Hackelman.
 d. Disput. 22. th. 4. ad lit. G. Castrensem secuti. At com-
 munis, eaque vera (utut & eam oppugnare nitatur Al-
 ciatus lib. 1. paradox. cap. 3. & in d. l. 1. §. num. 17. &
 seqq. ff. hoc tit.) opinio est: id tantum, quod eodem die
 fit, in continenti fieri videri: & modicum esse intervallum,
 si manè interrogem, tu serò, eodem die, non altero, vel
 tertio, respondeas: dummodo neuter nostrum ad aliud
 negotium diverterit, vel neuter ab altero discesserit: aut
 si discesserit, id tamen fecerit animo mox redeundi, ut
 expediat ac perficiat negotium. d. l. 1. §. 1. ibique Bar-
 tol. Raphaël Comensis, Isæon, & ceteri. d. l. continuus. 137.
 in princ. ibi, quamvis eadem die spondisset. ff. hoc titul.
 d. l. duos. 6. §. ult. & d. l. si ex duobus. 12. in princ. ff.
 de duobus reis constituend. Eodem confert non parùm.
 §. item verborum. 11. circa finem. infr. de inutilib. stipu-
 lat. & l. penult. in fin. C. de contrah. & commit. stipulat.
 ubi Justinianus constituit: si in instrumento aliquo scri-
 ptum sit, spondisse: censeri omnia solenniter & in con-
 tinenti facta: nisi doceatur; eâ die alterum eo loco non
 adfuisse: quippe, quod tum in continenti vel respondisse,
 vel interrogasse videri non possint. Et his rationibus mo-
 tus hanc quoque sententiam amplectitur D. Gædd. d.
 Comment. de contrah. & com. stipul. c. 4. conclusion. 2. n.
 15. & 17. item Paulus Berens Disputat. 10. ad institut-
 them. 1. quest. 4.

Cui non obstat d. l. si ex duobus 12. ff. de duobus reis
 constit. cujus ex principio dissentientes colligunt: quod
 postera die facta responsio subsistat inter eos, qui ad a-
 liud negotium non discesserunt: adeoque textum istum
 non modò non confirmare communem opinionem, sed
 etiam infirmare. Nam nequaquam hoc rectè ex isto tex-
 tu colligitur. Alioquin enim ipsemet Venulejus IC. sibi
 in eodem de stipulatione tractatu contradiceret, nempe
 in d. l. continuus. 137. in princ. vers. ceterum ff. hoc tit.
 ubi Venulejus ideo negat valere stipulationem, tamet-
 si eadem die responsum esset; quia contrahentes transissent
 ad alia negocia. Ergò (argumento à contrario sensu sum-
 pto) si aliud negotium alter eorum non accepisset, sti-
 pulatio eadem die (non item, postera die) celebrata va-
 lisset. Præterea in d. l. si ex duobus. 12. vers. cum act.
 non proponitur pars decisionis, sed ratio decisionis, in
 vers. ac ne oblig. præmissæ, ac si dixisset Venulejus: hoc
 modo non solum non fieri duos reos debendi, sed nec
 alterâ die respondentem ex stipulatione istâ obligari: cum
 ne quidem tum obligatus fuisset, si, cum actor aut pro-
 missor ad aliud negotium se contulisset, eoque peracto,
 eadem licet die, respondisset: nedum si die postera. Quis
 enim non intelligit, conceptionem hanc interrogationis
 ac responsionis in plures actus dividi, si hodie liceat in-
 terrogare, cras verò, vel post biduum respondere?
 quamvis utrique interim dormitemus, vel cogitabundi
 coram mutuo nos intueamur? Ita eleganter hoc explicat
 Gæddens. d. cap. 4. num. 18. ubi & alius Adversariorum
 argumentis abundè satisfacit. Adde Bachovium in dictis
 not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. lit. H. pag. 806.
 & ibidem Hunnium in suis resolut. quest. 13. p. 69.

Postremò in stipulationis definitione subjiciuntur hæc
 verba: ad aliquid dandum, vel faciendum, hoc princ.
 nostro, vers. cum quid dari fieri vè, &c. l. stipulationum. §.
 §. 1. ff. hoc tit. Quibus ex verbis una, eaque præcipua,
 stipulationum divisio, à materiâ petita, cognoscitur: quæ
 duplex est, res & factum: res dari dicitur, factum fieri.
 Ideoque stipulatio scitè ita dividitur: ut omnis consistat
 vel in dando vel in faciendo. In dando consistit stipulatio,
 cum stipulor, mihi dari centum, vel Stichum, equum, bo-
 vem, librum, &c. In faciendo, cum stipulor, mihi ædificari
 Insulam, vel domum, &c. De stipulatione in dando igitur
 infra

infra in §. *omnis*. 2. & seqq. usque ad §. *ult.* in quo de stipulatione in faciendo tractatur. Et hæc stipulationis divisio proponitur etiam in l. 2. ubi *Donell. Molinæ*, & *reliqui Interpretes*. & l. *stipulationes non dividuntur*. 72. ff. hoc tit. l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omnia caus. testamenti, &c. & l. *sancimus*. 24. C. de nuptiis. Quamvis autem stipulatio quoque mixta, quæ in dando simul & faciendo consistit, reperiatur. l. cum servus. 82. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. l. veteris. 13. C. de contrah. & committ. stipulation. haud tamen propterea divisio isthæc imperfecta censetur; cum sub duobus simplicibus expressis casum etiam mixtum comprehendi in confesso sit; ut, post *Accursum* & *Bartol.* à se allegatos, tradit *Petrus Nicol. Mozzius* in tract. de stipulat. tit. de divis. stipulationis. num. 7. & 8. paginâ mihi 248.

59 Et si porro ex stipulatione dandi præcisè quispiam ad dandum, hoc est, dominium transferendum, regulariter obligatur. l. ubi autem. 75. §. ult. ff. hoc tit. l. si ita. 25. §. 1. de contrah. empt. l. non videntur. 176. ff. de reg. jur. & ibi *Petrus Faber* num. 45. *Iason* in d. l. stipulationes non dividuntur. 70. num. 22. & seq. ff. hoc tit. ex faciendi tamen stipulatione non item: sed is, qui factum promisit, præstatione ejus quod stipulatoris interest, factum esse, liberatur. Hæcque sententia (quantumvis eam, post alios, acriter impugnent *Pinelus* ad l. 1. part. 3. num. 25. C. de bon. matern. *Coras* lib. 2. *Miscellan. jur. civ. cap. 3.* *Cujacius* ad d. l. 2. §. item si in facto. ff. hoc tit. *Clud. de sequest. rat. c. 5. num. 16. in fine.* *Borcholt. in Comment. de verbor. obligat. cap. 2. num. 99. & Bronchorst. cent. 2. in avtiopavov. assert. 89. edit. 1.*) dilucidè probatur ex d. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princip. vers. *Celsus tamen*. l. si pœnam. 68. l. quotiens 81. in princip. l. si insulam. 84. l. si quis stipulatus. 112. §. fin. & l. si fundum. 114. ff. hoc tit. item l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judicat. & l. 1. in princ. ff. de actionibus empti. Et quamquam dissentientes ad hos, & similes textus respondeant: ipsum quidem reum conveniri posse in id, quod actoris interest: aut in actoris arbitrio esse, utrum velit, factum, an interesse sibi præstari: cum utrumque sit in stipulatione, interesse & factum: ratio tamen & regula juris istam opinionem planè respuit: siquidem in omni obligatione alternativa, non stipulatoris, non creditoris, non actoris; sed promissoris, sed debitoris, sed rei electio est, utrum præstare velit. l. plerumque 10. in fin. ff. de jur. dot. l. 2. §. *Scavola*. 3. ff. de eo, quod certo loco. l. penult. C. de condict. indebit. Idque fusiùs, post alios, explicant *Duarenus* & *Donellus* ad d. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. hoc tit. *Gæddens* in *Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 4. num. 30. cum multis seqq. Schröder. d. decad. 7. quæst. 9. Vand. lib. 2. quæst. 14. & novissimè Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 13. & in dict. resolut. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 1. quæst. 14. pag. 70. cum seqq. & ibidem *Bachovius* in suis not. ad lit. L. pag. 810. & seq. item ad th. 3. lit. B. & D. pag. 834. & seqq.*

61 Huic sententiæ primò non adversatur, quod nulla bona diversitatis ratio afferri possit, cur aliud in faciendi, quam dandi stipulatione seu obligatione observari debeat. Optima namque diversitatis ratio est: quod, si præcisè ad faciendum homines liberi cogerentur; non parùm inciviler eorum libertas violari videretur, & quandam servitutis speciem pati impellerentur; contra quam libertas definita est, in §. 1. supr. de jure personar. Cogi verò homines liberos dare pecuniam, neque servile, neque incivile est: cum corpori libero hoc non incumbat, sicuti opus manu suâ facere, sed plerumque liberalitatis sit & officii, homine libero digni, & laudabilis, auctore *Duareno* ad d. l. si quis ab alio. 13. in fin. ff. de re judic. Sed & differentiae ratio illa reddi solet: quod in obligatione dandi, neque expresse, neque tacite, aliud voluntate & intentione contrahentium inest, quam solum id, quod dari debet: nec aliud etiam est in petitione. l. vinum. 22. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. penult. & l. ult. ff. de condict. triticiar. l. si pro fure 7. §. condictio. 2. & l. si servus. 14. §. bove. 2. & §. seq. ff. de condict. furt. l. 1. ibiq. gloss. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, &c.

At si quid fieri convenit: non solum juris interpretatione, sed tacitâ etiam contrahentium voluntate inest obligatio ad id, quod interest: quippe factum inest stipulationi expresse, in id tantum, ut si intra legitimum tempus exhibeatur, solutum censeatur illud, quod promissum est, ne stipulatio in id quod interest fieri, committatur: sin minus, commissâ censeatur stipulatio, ut æstimatio facti solvatur: quia hanc potiusolvere reus elegerit. d. l. si pœnam. 68. d. l. quotiens. 81. d. l. si insulam. 84. d. l. si fundum. 114. l. si ita quis. 135. §. *Seja*. 2. in fin. vers. nec mulieris quicquam. & §. eâ lege. 3. in fin. ff. hoc tit. d. l. 1. & l. ex empto. 11. §. idem ait. 9. ff. de actionibus empti. Idque latius discutit, *D. Gæddens* d. c. 9. conclus. 4. num. 50. & tribus seqq.

Secundò non adversatur l. fideicommissa. 11. §. ult. ff. de legat. 3. ubi traditur: heredem, qui jussus erat opus suo sumptu facere; veluti, curiam ædificare, vel ludos publicos facere, si paratus sit pecuniam Reipublicæ dare, ut ipsa faciat, non esse audiendum: cum testator per ipsum heredem hoc opus fieri voluerit. Quod si is, qui alterius, nempe testantis voluntate ad factum obligatus est, tam præcisè ad præstationem facti tenetur: quanto magis is, qui suo se ore proprio ad factum obligavit, hoc præstare cogendus erit, argum. §. versa vice. 20. infr. de inutilib. stipulat. l. 3. §. heres. 3. ff. commodati. Lex, inquam, illa non adversatur. Quia cum illic *Ulpianus* Jurisconsultus fateatur, specialiter à Divo Marco rescriptum esse, ut non liberetur heres offerendo pecuniam, qui opus Reipublicæ facere jussus est: utique simul fatetur regulam esse in partem contrariam: nec in omni facto debito, etiam ex testamento, ita comparatum esse. Quid enim opus fuisset speciali Divi Marci constitutione, in qua fundamentum decisionis suæ collocaret *Ulpianus*, si regula esset, factum præcisè præstandum esse? Deinde heredi vel legatario, ne indigni videantur honore, quo affecti sunt, incumbit in specifica formâ adimplere voluntatem testatoris: cum nihil magis debeat hominibus, quam ut supremæ eorum voluntates, tanquam lex alia, postquam jam aliud velle non possunt, exitum sortiantur. l. 1. C. de sacrosanct. Ecclesi. Novell. 22. c. 2.

Tertiò non adversatur l. hereditatem. 28. ff. de donationibus ubi filia, cui pater hereditatem sibi relictam donavit, tenetur legis inductione creditoribus hereditariis satisfacere: & ad id cogitur per actionem præscriptis verbis. Cogetur ergo multò magis, si ipsamet factum promississet. Potentior quippe est obligatio hominis, expressis verbis ab ipso constituta: quam tacite à lege introducta: cum expressa hominis provisio faciat cellare provisionem legis: non verò contra. l. 3. ubi *Dd.* ff. de rebus credit. si cert. pet. l. fin. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. unic. §. in primo. 3. & §. sed. C. de caduc. tollend. *Eberhard. à Middelburg. in loco legali. 27. ab expresso ad tacitum. n. 20. & seq.* Non, inquam, lex ista adversatur: Patet enim, qui hereditatem illam sibi delatam, & à se adiutam, filia donavit; unâ cum suo onere & emolumento donasse intelligitur, quia id omne hereditatis appellatione continetur: cum juris sit nomen, sine dubio etiam damnosam hereditatem significans, l. nihil est aliud. 24. & l. hereditatis. 119. ff. de verb. significat. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur. Quin & patris donatoris personam hac in parte filia donataria sustinet: qui & ipse satisfacere, hoc est,olvere, & se obligationibus liberare hereditariis teneretur. d. l. nihil est aliud. 24. ff. de verb. significat. l. heredem. 59. & l. omnia verè. 192. ff. de reg. jur. l. 1. & tot tit. C. de hereditat. actionib. Præterea satisfacere creditoribus, non est nudum factum, sed jus continet, & necessitatem solvendi pecuniam habet. l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. l. si se non obtulit. 4. §. ait prætor. 3. ff. de judicat. Solvet autem heres pro naturâ cujusque obligationis. d. l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. §. 1. infr. quibus mod. tollit. obligat. l. prout quicquid. 80. ff. de solutionibus. Adhæc satisfactio, si sponte à creditoribus vice solutionis admittatur: pro solutione atque ita pro pecuniâ est. l. satisfact. 52. ff. de solut. d. l. 4. §. 3. ff. de re judic. Non igitur sequitur: hæres, qui hereditatem adiit, vel cui ille eam cessit donavitque, juris auctoritate tenetur hereditariis creditoribus

satisfacere, hoc est, solvere, & illud præstare, quod defunctus dare facere obligatus fuisset: ergo tenetur etiam præcisè facere, qui factum ipsemet promissit. Quia aut de tali facto, puta satisfactione, hoc exauditur, quod nudum non est, sed pecuniæ præstationem habet; aut quod eodem modo, quo defunctus, satisfacere teneatur. Atqui defunctus mera facta præcisè præstare non esset cogendus, si foret superstes. Ergo nec heres, nec cui heres cessit hereditatem præcisè cogetur. *l. 2. §. ex his. 2. vers. non enim ex persona. ff. hoc tit.* Et ita illud declarat Gædæus *d. Comment. de contrah. & communi stipul. c. 9. conclus. 4. num. 56. cum seqq.* quem sequitur (ejus tamen nomine suppresso) Hunnius prædicto libr. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 4. quæst. 13. pag. 1009.

67 Quartò non adversatur, quod illud solum, quod promissum est, præstari debeat, atque in obligatione contineatur. *l. quidquid adstringenda. 99. ff. hoc tit.* cum aliud pro alio; invito creditori solvi non possit. *l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* At stipulatione faciendi factum solum promissum fuit, non item interesse. Proinde factum, & non interesse in obligatione versatur, & præstari debet. Hoc, inquam, non adversatur. Quia etsi factum ab initio solum, si verba spectentur, in stipulatione ac promissione versabatur; nec ideo liceat, aliud factum pro alio, invito præstare: tacitè tamen, & sententiâ contrahentium continebatur etiam id, quod interest. Ita ut in conditione stipulationis committendæ esset factum; in commissâ verò solum id, quod interest. *l. ult. ff. si quis in jus vocat. non ierit. d. l. si pœnam. 68. d. l. stipulationes. 72. & d. l. quotiens. 81. ff. hoc tit. cum similibus.* Itaque non potest videri hîc aliud peti vel solvi, quàm debetur. Gædæus *d. c. 9. num. 58. in fine. latius Donell. ad d. l. 26. num. 26. & seqq.*

68 Quintò non adversatur, quod multum inter sit, factum à quo alio, an verò ab ipso promissore impleatur: cum inter artifices longa sit differentia. *l. inter artifices. 31. ff. de solutionibus. l. nemo est. 5. ff. de duobus reis constituend.* Ideòque stipulatori facti non intelligitur satisfactum, quando non factum ipsum, quod stipulatus erat, sed ejus loco pecunia fuerit soluta, quâ ab alio factum istud sibi fieri curet. Id, inquam, non adversatur. Siquidem non est quæstio; utrùm factum, quod promissas, ipse præstare debeas, nec per alium possis: sed an præcisè tenearis ad faciendum. Versatur itaque extra propositum hoc argumentum, nec scopum quæstionis attingit. docente Hunnio *d. quæst. 13. vers. ad decimum respondetur, &c. pag. 1009.*

69 Sextò non adversatur, quod moram & frustrationem non facientis impunitam esse non oporteat: nihilque illa commodi adferre debeat moratori sive reo: ne ex morâ & delicto suo commodum aliquod sentiat. *l. in fideicommissi. 3. §. fin. ff. de usur. l. itaq. 12. §. 1. l. eum, qui. 14. §. is autem. 3. ff. de furtis.* Atqui in proposito, si promissor facti non teneretur ad faciendum, sed præstatione ejus, quod interest, liberaretur; consequens foret, delictum seu moram promissoris hæcenus ei prodesset, ut cum prius ad factum præcisè obligatus fuerit, nunc non sit ad faciendum obligatus, sed liberetur præstatione ejus, quod interest. Hoc non adversatur, inquam. Quamvis enim mora cuivis nocere debeat: haud tamen ultra id, quod in obligatione est, nocere potest: cum obligationem tantum perpetuet, & ad ea pertineat, quæ in obligatione versantur. Postquam autem factum non est, quod fieri promissum est: ex prædictis patet, factum non amplius in obligatione esse, sed interesse: ac proinde moram à debitore factam efficere neutiquam posse, ut is præcisè ad faciendum teneatur. Hunnius dicto loco.

71 Septimò non adversatur, quod in promissoris ac debitoris arbitrio esse non debet, utrùm & quomodo obligatus esse velit, argum. *l. sub hac conditione. 8. ff. de act. & obligat. l. centesimis. 46. in fin. & l. à Titio. 108. §. ultim. ff. hoc tit.* Jam verò, si electio daretur reo, utrùm factum; an id, quod interest, præstare malit: tum esset in ejus arbitrio, an deberet, & quomodo deberet id, quod promissit, nempe factum. Non, inquam, illud adver-

tur. Tum quia consequentia huic argumento nulla inest: cum factum non amplius sit in obligatione, ut paulò ante dictum. Tum quia quod traditur, in arbitrio debitoris non oportere situm esse, utrùm & quomodo obligatus esse velit: id verum quidem est, si de initio obligationis, ejusque statu constituendo quaratur. *d. l. à Titio. 108. in fin. ff. hoc tit. cum similibus modò adductis.* At prohibitum non est, ejus arbitrio committere tacite vel expresse, utrùm ex iis, quæ in stipulationem constitutam deducta sunt, solvere malit, nec ne: cum in alternativis non utrumque simul, sed alterutrum debeat; ut nec omnes generis promissi species debentur; sed una, vel altera, prout elegerit ille, cui vel lege contractus, vel juris auctoritate electio data est. *l. plerumq. 10. in fin. ff. de jur. dot. §. si generalit. 2. supr. de legatis. l. si stipul. 76. l. si quis stipulatus. 112. & l. fin. in princip. ff. hoc tit. l. qui hominem. 34. in princip. ff. de solutionib. l. penult. C. de condict. indebit. c. in alternativ. 70. ubi Dynus & Petrus Peckius de reg. jur. in 6. Idq. plenius persequitur Gædæus *d. c. 9. n. 58. pag. 991. & seq. edit. 2.**

Octavò non adversatur *l. actionum. 25. in princ. vers. 72 personam. ff. de obligat. & actionib.* ubi disertè Ulpianus respondit: personali actione nos agere cum eo, qui nobis obligatus est ad faciendum aliquid. Atqui aliunde ad faciendum agi non potest, quàm ex stipulatione faciendi. Ideoque præcisè ad factum tenetur, qui factum promissit. Lex, inquam, ista non adversatur. Quoniam non sequitur: agitur cum eo, qui ad faciendum obligatus est: ergo præcisè ad faciendum agitur: cum etiam ad interesse agi possit cum eo, qui ad faciendum obligatus fuit. Deinde eo tempore, quo actio instituitur, & in judicium deducitur, factum in obligatione & præstatione est: sed postquam lis contestata est, desinit factum in obligatione & præstatione esse; & loco ipsius interesse sive pecunia debetur. *d. l. si insulam. 84. & similibus. ff. h. t. Hunn. d. q. 13. vers. ad quartum facilius, &c. p. 1008.*

Nonò non adversatur *l. obligationum. 3. ff. de obligat. & actionib.* cujus in principio Paulus expresse ait: obligationum substantiam non in eo consistere, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat: sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. Licet enim faciendi stipulatione quispiam ad factum obligetur: inde tamen non consequitur, quod etiam ad factum agi possit, ita ut in factum promissor condemnatur. Quatenus præterea quisque ad factum obligetur, & quatenus ad interesse, jam exploratum est. Etenim quod reverà ad interesse obligatus sit facti promissor, ex eo manifestum evadit, quod in stipulationem venire dicitur id, quod interest. *d. l. si quis stipulatus. 112. §. 1. ff. hoc tit.* item stipulatione contineri id, quod interest. *d. l. quotiens. 81. in princip. ff. eod.* quodque ex faciendi stipulatione promissor in interesse, & non in factum condemnari dicitur. *d. l. si quis ab alio. 13. in fine. ff. de re judicat.* At quisque ad id obligatus censetur, quod in stipulationem venit, quod stipulatione continetur, & in quod ex stipulatione condemnatur. Hunnius loco supra notato.

Decimò non adversatur *l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat.* ubi is, qui rem restituere tenetur, præcisè restituere cogitur, si modò ejus rei restituendæ facultatem habeat: sic ut si non restituat, ei res manu militari auferatur. Restituere autem aliquid, factum denotat. *l. prator ait. 20. in princip. & §. ait prator. 3. ff. de operis novi nuntiat. l. cum prator. 81. ff. de verb. significat.* Non, inquam, lex illa 68. adversatur. Tum quia in eâ agitur de rei vindicatione, quæ in rem est, non in personam: nec obligationem, sed jus in re præsupponit. *§. 1. infr. de actionib.* ut ita à nostræ quæstionis scopo planè aliena existimetur. Tum quia magna diversitatis ratio subest. Nisi enim per rei vindicationem cogeretur reus omnino & præcisè rem restituere: res omnium indignissima induceretur: siquidem res suo domino auferretur, ut apud prædonem maneret. Atqui malitiis istiusmodi minime indulgendum est. *l. in fundo. 38. ff. de rei vindicat.* Neque verò, cum Magistratus, aut Judex rem auferet possessori, & domino restituet; periculum est,

ne videatur facere, quòd ei jure non liceat. Hæc quippe translatio nihil juris in dominum transfert; ut quis dicat, non potuisse id jus ab eo transferri, qui ipse non habuit: sed transfert solum detentionem, facitque, ut qui prius rem non tenebat, nunc teneat. Et tamen hæc executio in privato vis, & injuria est: in Magistratu tamen, officium suum exequente, jus est; quoniam vim infert jure honoris, & potestatis, quam sustinet. *l. continet 3. §. 1. ff. de eo, quod met. caus. gest. erit.* Nihil simile reperitur in actionibus in personam, quibus agitur adversus eos, qui nobis obligati sunt. In his namque agitur de re alienâ, id est, eâ, quæ debitoris est, non actoris: alioqui frustra intenderet actor, sibi dari oportere. *§. sic itaq. discretis. 14. infr. de act.* Adde, quòd in proposita questione, commissâ stipulatione, non petitur factum, nec id in condemnationem deducitur; sed id, quòd interest, dare facere, & petitur & condemnatur. Cæterum quòd attinet ad restitutionem ejus operis, quòd adversus nunciationem factum est: non mirum, si Prætor id jubet destrui, idque ipsum exequitur extra ordinem. Nam illud pertinet ad vindicandam auctoritatem & imperium Magistratus. Constat etenim, quòd adversus nunciationem factum est, contra interdictum prætoris factum videri, ut scribit Ulpianus *in d. l. prætor ait. 20. §. 1. ff. de operis novi nunciat.* & notat Donellus *ad d. l. stipulationes non dividuntur. 72. num. 49. ff. hoc tit.*

76 Undecimò non adversatur *l. sed & hæc personæ. 35. §. ultim. ff. de procurat.* ubi Jurisconsultus profitetur: procuratorem, qui promisit defendere, omnimodo compelli judicium accipere, nec sufficere stipulationem committi. Tum quia procurator illic nihil promisit. Nos autem hoc loco de faciendi obligationibus agimus. Tum quia non cogitur procurator, ne in hac quidem specie, præcisè dominum defendere. Nam pœna non defendentis procuratoris hæc tantum est, ut ei denegetur actio, auctore Paulo *in l. mutus. 43. ff. eod.* ut proinde consequens sit, illum non agendo evitare necessitatem defensionis. *Donell. dicto num. 49. pag. 178.*

77 Duodecimò non adversatur, quòd maritus & uxor cogi possint simul cohabitare, nec præstando interesse liberentur, per notata Panormitani *in c. 1. in ultim. notab. num. 6. ext. de sponsalib.* cum tamen cohabitare factum sit, ac quidem merum factum, sicuti fossam fodere, insulam ædificare, Romam ire, &c. Etenim natura matrimonii suadet, jus & conventio postulant, honestas jubet, publicaue utilitas dicat & præcipit: ut is, qui stipulatione matrimonium spondit, præcisè ad illud ineundum & consummandum compellatur. Neq; tale factum est, quòd æstimationem recipiat, ullo modo in commercium veniat. Quis enim maritale obsequium ære honestè venderet, aut æstimaret? Dispar ergo ratio cohabitationis est, & cæterorum factorum, *D. Gæddens prædicto c. 9. num. 63.*

78 Decimotertiò & ultimò non adversatur *l. final. C. de novationib.* ubi cautum est, ut nulla hodie novatio fiat, nisi hoc disertè agatur à contrahentibus. Jam verò si facti promissor moram faciens, non ad factum præcisè, sed ad id, quòd interest, tantum esset obligatus, & ita obligatio dandi succederet in vicem obligationis faciendi, citra expressam conventionem, aliqua adhuc hodie novatio fieret, de qua nihil nominatim actum. Quòd cum dictæ *l. finali* repugnet, ne cogitandum quidem est. Non, inquam, lex ista adversatur. Quandoquidem commissâ faciendi stipulatione, non fit propriè, sed quasi novatio. *l. obligationum ferè. 44. in fine. ff. de obligat. & actionib.* sicuti etiam per eventum conditionis non novatur id, quòd erat in conditione, sed reverà nunc quid debeat, ostendit. Atqui *in d. l. fin. C. de novation.* tractatur de veris novationibus, & de iis actibus, in quibus veteres novationem factam esse, diversimodè interpretabantur. *Gædd. d. c. 9. num. 69.* Porro an & quatenus ille, qui tradere promisit, ad tradendum teneatur, cognosci poterit ex iis, quæ annotavimus *ad principium tit. infr. de empt. & vendit. num. 32. & seqq.* Quid item, & quotuplex sit stipulatio dandi vel faciendi dividua, & individua, post Carolum Molinæum, *in extricat. labyrinth. divid. &*

individ. aliosque nonnullos, latè & accuratè explicat Frantziusexercit. jurid. 10. quæst. 4. & §. p. 300. & seqq.

Verborum obligationem ex stipulatione, tanquam effectum ex suâ causâ, scaturire & enasci tralatitium est, hoc principio nostro. *ibique Dd. l. 1. §. 3. ff. de stipulat. servor.* Sed an verborum obligatio non ex stipulatione tantum, verum aliis etiam ex causis proficiscatur & ebulliat, non æquè expeditum est? Et Donellus quidem *in rubr. ff. hoc tit. num. 7. cum seqq. & lib. 14. Commentar. de jur. civ. c. 36. pag. 352. num. 20.* eumque secuti Forsterus *lib. 3. disput. 17. th. 1. Hornon. disputat. 14. ad Institut. controvers. 2. Parlador. lib. 2. rer. quotid. c. 3. num. 55. cum seqq. Riemer. decad. 10. quæst. illustr. 2. Knipschildt exercit. Acad. 6. quæst. 17. pag. 237. cum seq. & Hunnius d. l. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 3.* autumant: solam stipulationem, eamque unicam, causam esse verborum obligationis. At contra Cujacius *ad l. 1. ff. hoc tit. Gæddens d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. in prolegomen. num. 10. cum seqq. Borcholt. hic n. 3. Hackelman. disput. illustr. 22. th. 2. ad lit. C. Bachov. in prædictis not. ad Trentler. vol. 2. disput. 27. th. 1. lit. I. pag. 807. cum seq. & Arumæus exercitat. Justin. 13. th. 3.* contendunt: verborum obligationem ex aliis etiam causis oriri, per §. sunt & alia. & §. seq. *l. 2. Institut. Caij. tit. 9. de obligat.* ex quibus evidenter apparet, & ex dictione dotis, (ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat) & jurejurando liberti (si videlicet libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juraverit) prodire verborum obligationem. Accedit, quòd Ulpianus disertè dicit: verius esse, obligationem liberti jurejurando constitutam, per acceptilationem tolli. *l. & per jusjurandum. 13. in princip. ff. de acceptilat.* Ast acceptilatio eam tollit obligationem, quæ verbis contracta est. *l. an inutilis. 8. §. 3. ff. eod.* Ergo jurejurando verborum obligatio contrahitur, argumento *l. nihil tam naturale. 35. l. omnia, quæ. 110. & l. ferè quibuscunq. 153. de reg. jur.*

Cui assertioni non obstat, quòd hic & in *l. 1. §. verbis. 7. l. obligamur. 52. §. 2. ff. de obligat. & actionib. item l. 2. §. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet.* nulla omnino fit mentio dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti: sed absolute & simpliciter traditur: verbis obligationem contrahi ex interrogatione & responsione, cum quid dari fieri nobis stipulamur. Nam ex eo, quòd allegatis modò in locis nulla fiat dictionis dotis, aut jurisjurandi liberti mentio, firmiter concludi nequit: verborum obligationem non nasci ex dictione dotis, aut jurejurando liberti: siquidem Triboniano & cæteris Pandectarum compilatoribus non fuerit propositum, istis in locis de omni verborum obligatione tractare, sed tantum de eâ, quæ ex stipulatione proficiscitur. Dein haud omnis propositio simpliciter facta habet vim exclusionis: vel (ut vulgo ajunt) non omnis inclusio unius, est exclusio alterius: nisi illud res subjecta necessariò suadeat, aut de mente quid agentium constet: alioqui verba tantum pro re subjectâ ita accipiuntur, ut rei præsentis quidem inserviant, aliis verò minimè quid detrahant. Sed videatur *D. Gædd. in dictis prolegom. num. 21. & seqq.* ubi reliqua dissentientium argumenta sufficienter & exquisitè refutat.

Annectit tandem hoc loco Justinianus: ex stipulationis obligatione duas actiones nasci: condictionem certi, & actionem ex stipulatu; quæ interdum plenius, actio incerti ex stipulatu dicitur *l. si stipulatus. 4. in princip. ff. de usur.* Illa locum habet, cum certum quid in stipulationem est deductum. *l. si quis certum. 24. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Hæc verò datur, cum stipulatio est incerta, sive quando incertum quid promissum est, hoc principio nostro, *ibique Nonius num. 3. Heigius num. 11. Mynfinger. num. 18. & alii Interpp. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de stipulat. col. 6. tit. quæ actio oriatur ex stipulat. Rosfred. Beneven. in tractat. de ordine judic. part. 4. rubr. de act. ex stipulat. & rubr. de certi condict. ex stipul. Trentler. vol. 2. disputat. 27. th. 8. ibiq. in suis not. Bachovius pag. 872. cum seqq. & Hunnius in suis resolut. pag. 154. & seqq.* Certum autem est, sive certa est stipulatio, cum ex ipsa pronuntiatione apparet, quid, quale, quan-

tumque sit in stipulatione: verbi gratiâ: *dabis vini Tubingenſis optimi amphoras centum?* vel, *dabis aureos decem?* *dabo*: certa hæc eſt ſtipulatio: quia ex eâ intelligitur, quid, quale, quantumvè ſit in ſtipulationem deductum. Sic certa eſt ſtipulatio, cum hominem Stichum ſtipulor: quia etiam hic apparet, quid, quale, quantumque in ſtipulationem deductum ſit *l. ſtipulationum quedam. 74. §. 1. hoc tit.* Sic quoque certa ſtipulatio eſt, ſi quis ſtipuletur vinum aut oleum, quod eſt in apothecâ, vel triticum, quod eſt in horreo, *l. ubi autem. 75. §. ſed qui vinum. 5. ff. eod.* vel pecuniam, quæ eſt in arcâ, aut ciftâ, *l. hæc venditio. 7. §. huiusmodi. 1. ff. de contrah. empt.* Quin & certa cenſetur ſtipulatio: ſi ſtipulatus ſim à Titio, quod mihi Sejus debet: vel quod ipſe Titius mihi ex teſtamento debet. *d. l. ubi autem. 75. §. qui vero. 6. ubi Cuiacius. ff. hoc tit. Dn. Collega Bocer. claſ. 2. diſput. 15. theſ. 108. edit. 2. Borcholt. in Commentar. de verb. oblig. c. 2. num.*

§ 217. *§ ſeqq. ubi id pulchrè & dilucidè explanat.* Incerta ſtipulatio dicitur; cum non apparet, quid, quale, quantumque ſit in ſtipulatione. *d. l. ubi autem 75. in princip. ff. hoc tit.* veluti, cum quis fundum ſine propriâ appellatione, vel hominem generaliter, ſine proprio nomine, aut vinum frumentumvè ſine qualitate dari ſibi ſtipulatus eſt. Uſque adeò: ut, ſi quis ita ſtipulatus ſit; *Tritici Africi boni modios centum: vini Campani boni amphoras centum promittis?* incertum videatur ſtipulari: quia bono melius inveniri poteſt. Quæ res efficit, ut boni appellatione non ſit certæ rei ſignificativa: cum id, quod bono melius eſt, ipſum quoque bonum ſit. At cum optimum quisque ſtipulatur: id ſtipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet. Quo ſit, ut ea appellatio certi ſignificativa ſit, ut loquitur Ulpianus *in d. l. ubi autem. 75. §. 2. ff. eodem.* Eſt quoque incerta ſtipulatio, cum quis ſtipulatur fundi certi uſumfructum. *d. l. 76. §. fundi certi. 3. ff. d. titul.* tamenſi ſtipulatio uſufructus pecuniæ, certa perhibeatur. *l. tribus heredibus. 8. ibi, velut certi. ff. de uſufruct. ear. rer. quæ uſu conſum.* Idcirco verò uſufructus pecuniæ, ſive legatus ſit mihi uſufructus pecuniæ, ſive uſumfructum pecuniæ ſim ſtipulatus, certus eſt, quia proprietas legata, & in ſtipulationem deducta videtur. *l. ſi tibi decem. 6. ff. d. tit. Borcholt. d. cap. 2. num. 194. & ſeqq. ubi Donellum diſſentientem abundè refutat.* Eſt item incerta ſtipulatio, ſi quis id, quod ex Arethufa ancillâ natum erit; aut fructus, qui in fundo Tuſculano nati erunt, dari ſibi ſtipulatus ſit. *d. l. ubi autem 75. §. illud dubitationem. 4. ff. hoc*

§ 218. eamque ſtipulationem incertam manere, etiam poſt captos fructus, & poſt editum partum, probabile eſt. *d. l. ſi ſtipulatus. 4. ff. de uſur. D. Bocer. d. claſſ. 2. diſput. 15. theſ. 110. lit. b.* Similiter qui illud, aut illud ſtipulatur, veluti decem aut hominem Stichum, nec ſibi electionem conſtituit: incertum in obligationem deducit. *d. l. ubi autem. 75. §. qui illud 8. ff. hoc tit.* ut & is, qui id, quod in faciendo, vel non faciendo conſiſtit, ſtipulatur, veluti foſſam fodi, domum ædificari, vacuum poſſeſſionem tradi: item, per te non fieri, quo minùs mihi per fundum tuum ire agere liceat: per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat, ſæpe allegata *l. ubi autem. 75. §. qui id, quod 7. ff. eod. latè Borcholt. d. cap. 2. num. 225. & aliquot ſeqq.* Illud valde controverſum eſt: ſi quis ſervitutem prædii, vel hereditatem ſtipuletur: certumne, an incertum in ſtipulationem deducere intelligatur? Et (quicquid in contrarium adferat Donellus *in d. l. ſtipulationem. 74. num. 9. & 11. ff. hoc tit.*) incerti hanc eſſe ſtipulationem, non abſque ratione ſtatuitur. Etenim ſervitus eſt juſ aliquod. *§. incorporales. 2. & §. ult. ſupr. de reb. corporal. & incorporal. l. 1. §. 1. verſ. incorporales. ff. de diviſ. rer.* Juſ autem quale, quantumque ſit, perſpici & verè cognosci nequit: cum tamen illud certum dicatur, quod apparet, quid, quale, quantumque ſit. *d. l. ſtipulationum. 74. §. 1. & l. ſeq. ff. hoc tit.* Hereditate item venditâ, certa hereditariarum rerum quantitas vendita non exiſtimatur: niſi de ſubſtantia & quantitate hereditatis venditor affirmaverit. *l. qui filiifamilias. 14. §. 1. & l. ſeq. ff. de hereditate, vel actione vendit.* Et non eſſe rem certam ipſam hereditatem,

evidenter apparet *ex l. quod ſ nulla. 8. & tribus ſeqq. eod. titul.* Atque hanc, de ſtipulatione ſervitutis & hereditatis, ſententiam fuſius defendunt *Cuiacius in d. l. 74. ff. hoc tit. Borcholt. d. Commentar. de verb. obligat. cap. 2. num. 199. cum ſeqq. & part. 2. Diſput. 4. de verb. obligat. propoſit. 15. Knipſchildt d. exercitat. 6. quaſt. 8. pag. 221. cum ſeq. & D. Bocer. d. claſ. 2. Diſput. 15. theſ. 113.* Tamenſi aliter hæc explicare videatur *Gœddeus d. Commentar. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 6. conſuſ. 12. num. 230. & ſeqq.*

Quod porro hic traditur: ex incertâ ſtipulatione pro-⁹⁰ficisci tantum actionem ex ſtipulatu: ex ſtipulatione vero certâ concedi tantum conditionem certi: ei non obſtat *l. prædia. 28. ff. de actionibus empt. & l. ſi pacto. 14. C. de pactis.* in quibus dicitur: eum qui petit pœnam ſtipulatione comprehenſam, ex ſtipulatu petere. Pœnæ⁹¹ autem ſtipulatio certa eſt: adeò quidem, ut non valeat, niſi certa ſit. *§. ult. infr. hoc tit. l. ſi pœnam. 68. ff. eodem.* Non, inquam, hæc leges & ſimiles (*ut l. unic. §. 1. C. de rei uxoris. act.*) obſtant. Nam intelligendæ ſunt non de actio-⁹²ne, quæ vocatur ex ſtipulatu: ſed potiùs de cauſa actionis, ex quâ certum, quod in ſtipulationem deductum eſt, petitur. Siquidem *ſtipulatus* verbum ſtipulationem ſignificat. *l. pecunia. 9. in princ. ff. de uſur.* Atque hæc in ſignificatione verbum *ſtipulatus*: in adductis legibus uſurpatum oſtendit; hanc eſſe earum ſententiam: pœnam ſtipulatione comprehenſam non peti quidem actione ex ſtipulatu, ſed conditione certi: ex cauſa tamen ſtipulationis, id eſt, propter ſtipulationem, quâ pœna comprehenſa eſt. Et ita ad has leges reſpondet Donellus⁹³ *in l. ſi quis certum. 24. ff. de reb. credit. ſi cert. pet.* Cæterum, utraque prædictarum actionum perſonalis perhibetur, perpetua, & in heredes tranſitoria. *l. 2. §. ex his igitur. l. in executione. 85. ff. hoc tit. ibique Weſenbec. in paratit. num. 14. §. ſub conditione. 4. verſ. ex conditionali. infr. eod. l. veteris. 13. Cod. de contrah. & committ. ſtipulat. Oldendorp. claſſ. 4. action. 28. niſi ſpecies promiſſa, ante moram culpamvè promiſſoris aut perempta ſit, aut in commercio hominum eſſe deſierit *l. ſi ex legati. 23. l. ſi Stichus. 33. l. is, qui alienum. 51. l. nemo. 82. §. 1. l. mora. 88. l. ſi ſervum. 91. ubi Bartol. Bald. Iaſon. Alexand. Zafius, Duaren. Donell. Cuiac. ff. hoc tit. latiffimè Gœdd. d. Comment. de contrah. & committ. ſtipulat. cap. 11. conſuſ. 4. num. 23. & multis ſequentibus.**

§. In hac re olim 1.

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Utrum autem Latinâ, an Græcâ, vel qualibet aliâ lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec neceſſe eſt, eâdem linguâ utrumque uti; ſed ſufficit, congruenter ad interrogata reſpondere. Quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere poſſunt. Sed hæc ſolennia verba olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem Leonina conſtitutio lata eſt, quæ ſolennitate verborum ſublata, ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolum deſiderat, quibuſcunque tandem verbis expreſſum eſt.

SUMMARIA.

- 1 Quibus verborum formalis olim ſtipulatio conciperetur;
- 2 Quatenus verborum ſolennitas hodie ſublata;
- 3 Mens & ſententia *l. decreta. 48. ff. de re judicat.*
- 4 Conciliatio huius *l. 48. cum l. iudices. 12. C. de ſentent. & inter locut. om. iudic.*
- 5 Ratio diverſitatis, cur ſtipulatio quacunq; linguâ concipi poſſit: decreta & ſententia iudicum non item;

1 IN hoc §. ostendit Imperator Justinianus: quæ verba olim in stipulatione fuerint usitata: quibus item verbis hodie eadem confici possit. Et antiquitus quidem stipulatio certis verbis sic concipiebatur: ut eodem quis verbo respondere cogeretur, quo esset interrogatus: veluti, *Spondes? spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fidesjubes? fidejubeo. Dabis? dabo. Facies? faciam.* Quibus verborum formulis neglectis, nihil agebatur, etiam si verbis æquipollentibus contrahentes uterentur: adeo, ut si quis ita stipularetur, *Polliceris? polliceor*: inutilis esset stipulatio. Sed hac verborum solennitate per Imperatorem Leonem sublata, *l. omnes. 10. C. de contrah. & committ. stipulat.* etiam Justiniano placuit: præter illa sex solennia verba, alia quoque apta & idonea in stipulationibus usurpari posse: ut *solves? reddes? præstabis? Romam ibis? adificabis? polliceris? &c.* nihilque referre, iisdemne, an diversis verbis, aut quibus linguis stipulationem contrahentes utantur; si modò uterque mentem & consensum alterius, sive per se, sive per verum Interpretem, sanè intelligat Sed & ne hoc quidem necessarium est, ut uterque eadem linguâ utatur. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Græcè, vel Hebraicè, vel aliâ quacunque linguâ; dummodò sensus saltem verbis congruat: obligatio constituta est. *l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

3 Neque his refragatur *l. decreta. 48. ff. de re judicat.* ubi traditur, decreta à Prætoribus Latine, & sic non Græcè, interponi debere. *Loquitur enim Jureconsultus in eâ l. non de stipulatione, ut cuius patet; sed de Magistratum decretis, & sententiis Judicum, atque ita de actu, qui juris publici est, non privati. Sententiæ namque per Judices publicè proferuntur. Et interest Reipubl. eo sermone sententiam pronunciari, quem omnes intelligere possint: qualis fuit sermo Latinus Romæ vulgaris, & imperitæ multitudini etiam communis. Etenim Judices, quos cognoscendi & pronunciandi tenet necessitas, cum noverint, omnes sententiam ferendam intellecturos, eo majori deliberatione habitâ illam concipient: conceptam diligentius ponderabunt, & corrigent: correctam accuratius in scriptum conferent: scriptam denique pronuntiabunt cautius: ne fortè plerisque, qui intererunt, iniquam tulisse sententiam videantur. Hac igitur de causa sancitum fuit apud Romanos: ut sententiæ ea linguâ, quæ ipsis esset familiarissima, nimirum Latinâ, proferretur.* Cæterum in stipulatione, quâ de hic agimus, longè separata est ratio: quia hæc non publici, sed privati tantum juris est, & conventio sive actus, qui per privatos expeditur, eorumque arbitrio subjicitur: in quo nihil refert, quo quisque idiomate utatur: modò alter alterum probè intelligat, ut *suprà dictum.* Nec huic solutioni, adeoq; *dictæ l. 48. ff. de re judicat.* contrariatur *l. judices. 12. C. de sentent. & interlocutionibus omnium jud.* ubi disertè habetur; judices tam Latinâ, quàm Græcâ linguâ sententias proferre posse. Nam si mens potius, quàm sonus verborum *dict. l. 48.* spectetur: eam nequaquam cum *d. l. judices. 12. C. de sententiis, &c.* pugnare, sed optimè cum eadem convenire, constabit. Tryphoninus enim *JC. in d. l. 48. ff. de re judic.* ait, sententiam Latino tantum idiomate proferri debere; propter hanc videlicet rationem: quòd eo seculo Græcum idioma non fuit apud Romanos in usu. Quocirca de Latinâ tantum oratione respondit Jureconsultus: qui de Græcâ idem haud dubiè responsurus fuisset, si tempore Jurisconsulti etiam apud Romanos lingua Græca viguisset: quemadmodum postea Romanis ea familiaris admodum esse cæpit, cum sacri Imperii Romani sedes Byzantium translata fuit. Eo igitur tempore rectissimè, & quidem non contra, sed secundum sententiam & mentem Tryphonini ab Arcadio & Honorio Imperatoribus *in d. l. 12. C. de sentent. &c.* rescriptum est, & constitutum: sententiam non Latinis tantum, sed & Græcis verbis pronunciari posse. Ratio autem diversitatis, cur stipulatio quacunque linguâ concipi possit, decreta & sententiæ Judicum non æquè, hæc est: quia stipulationes & contractus etiam cum extraneis, qui linguam Latinam, aut Græcam non callent, celebrantur & fiunt. At Magistratus & Judices

Populi Romani non decebat linguam ignorare Romanam: *sicuti eleganter docet Franciscus Duarenus ad d. l. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

§. Omnis stipulatio, 2.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè: veluti, *quinque aureos dare spondes?* Idque confestim peti potest. In diem: cum adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit: veluti, *decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes?* Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quàm dies venerit, non potest. At ne eo quidem ipso die in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is præterierit.

SUMMARI A.

- 1 Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione.
- 2 Pura in jure qua dicantur? qua item pura stipulatio.
- 3 Quatenus in stipulatione purè promissor ad solutionem sit compellendus.
- 4 Creditor non statim cum sacco paratus debitorem adire debet.
- 5 Cedere diem, & venire diem quid significet.
- 6 Stipulatio in diem qua fit.
- 7 Intellectus *l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. de verb. obligat.*
- 8 Explicata *l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.*
- 9 Argumentum à contrario sensu quatenus procedat.
- 10 Dies in gratiam debitoris contractui adiectus putatur.

Divisio stipulationum talis hîc proponitur: Omnis stipulatio aut purè fit, aut in diem, aut sub conditione, argumento *l. creditores. 10. ff. de verbor. significat.* Pura in jure dicuntur, quæ nullam adjectionem habent: indeque pura stipulatio est, quâ quid sine diei aut conditionis adjectione, promittitur: veluti, *quinque aureos dare spondes? spondeo.* Et si autem illud, quod per stipulationem puram est promissum, confestim ex rigore juris peti potest: cum in eâ cesserit & venerit dies, hoc §. nostro, ibi, *idque confestim peti potest, l. eum, qui Calendis. 41. §. 1. ff. hoc tit. l. cedere diem. 213. in pr. vers. ubi purè. ff. de verb. significat. l. in omnib. obligationib. 14. ff. de reg. jur.* non tamen statim ad solutionem promissor compellendus est: sed arbitrio judicantis, humanitatis causa, modicum, tantumque temporis illi debet præfiniri, intra quod id, quod promissum est, commodè præstare &olvere possit, argument. §. fin. infr. de inutil. stipulat. *l. ratum. 13. ff. de solutionibus. l. 1. ff. de jure deliber. l. quotiens. 24. ff. de operis libert. l. continuus. 137. §. cum ita. 2. ff. hoc tit.* Nec enim importunus creditor statim cum sacco paratus promissorem sive debitorem adire debet. *l. quod dicimus. 105. ff. de solutionibus. Hænonius disputat. 4. controvers. 4. Andr. Gerhardi decad. 13. quest. 10. Giphani. disputat. 29. ad Instit. th. 7. ibique Olemann. in suis notat. num. 12.* Vide fusiùs id & quidem diversimodè explicantes, Bachovium *hic num. 1. pag. 744. & in not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 6. ad lit. A. & B. p. 855. cum seqq. & Hunn. ibidem in suis resol. quest. 43. p. 141. & seq.* itemque Timæum Fabrum *disput. 23. ad Instit. Imperial. th. 2.* Cedere porrò diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. *d. l. cedere. 213. ff. de verborum significat.* Stipulatio in diem est, quâ aliquid in diem promittitur: vel, cui dies sive tempus, quo pecunia solvatur, adijcitur: veluti, *decem aureos primis Calend. Martiis dare spondes. hoc §. nostro vers. in diem, &c.* Qui decem aurei statim quidem jam debentur: peti tamen ante Calendas Martias nequeunt. *l. certi conditio. 9. in princ. vers. cæterum. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de oblig. & actionibus.* Cur statim debeantur decem isti aurei, ratio manifesta est: quia dies adjecta non eò pertinet, ut differat obligationem, sed solutionem tantum seu executionem

tionem usque ad eventum diei. *l. centesimis. 46. in princ. ff. hoc tit.* Cur verò ante Calend. Martias peti nequeant, hæc est ratio: quia dies hujus stipulationis cessit quidem, sed nondum venit. *d. l. cedere. 213. ff. de verb. signific.*

7 Non obstat *d. l. cum, qui Calendis. 41. §. 1. vers. verum dies adjectus. ff. hoc tit.* ubi dicitur, die adjecto pecuniam non statim deberi. Nam ambiguitas sive æquivocatio est in verbo *deberi*. Etenim deberi non tantum id intelligitur, quod statim peti & exigi potest: verum etiam id, cujus exactio sive solutio differtur. Itaque in *d. l. 41.* illud verbum in priori significatione, adeoque cum pleno effectu accipitur: ut sententia sit, quod in diem promissum est, non ita deberi, ut statim, sicque ante diem exigi possit: sed potius ita, ut ejus petitio sive solutio in eventum diei adjecti prorogetur.

8 Nec quoque obstat *d. l. in omnibus. 14. ff. de reg. jur.* ubi scriptum est: in omnibus obligationibus præsentī die pecuniam deberi, in quibus dies non est appositus. Eadem siquidem responsione uti possumus. Ideo enim pecunia in diem promissa in *d. l. 14.* non statim & præsentī die deberi dicitur, quod statim exigi nequeat: non verò, quod obligatio ante diem contracta non censeatur. Ex hoc etenim §. nostro clarè evincitur: promissorem etiam ante diem reverà esse obligatum: licet ante diei eventum

9 ad solutionem compelli non possit. Deinde respondetur: quod argumentum, ex Lillâ sumptum, sit à contrario sensu. Quod etsi in jure est fortissimum, frequentissimum & utilissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* non tamen procedit, ubique vel pravus & absonus inde resultat intellectus, vel aliis legibus adversatur, ut plurib. demonstrat Nicolaus Everhard, à Midelburgo in locis suis legalibus, loc. à contrar. sens. num. 4. & seqq. Atqui certum est, istud argumentum refragari huic nostro §. *vers. id autem, quod in diem, &c.* Planè, ne quidem eo ipso die, in quem promissa est, pecunia peti poterit, hoc §. *vers. at ne eo quidem ipso, &c. l. qui hoc anno. 42. & l. cum, qui certarum.*

10 138. in princip. ff. *h. t.* Cujus ratio evidens est: quia cum tempus sive dies contractui adicitur: in gratiam & utilitatem debitoris seu promissoris adjectus existimatur, hoc §. in fine. *d. l. cum, qui. 41. §. 1. in fin. & l. stipulatio ista 38. §. incertam 16. ff. eod. l. cum tempus. 17. ff. de reg. jur. Petr. Nicol. Mazz. in tractat. de stipulat. tituli de stipulatione purâ, &c. num. 9. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 6. num. 27.* Vide istam rem explicatius prosequentem Bachovium, in dictis not. ad Trentler. disputat. 27. th. 6. lit. C. pag. 85 8. cum seq. & Hunnium ibidem quest. 44. pag. 142. & seq. itemque novissimè Frantzkiū exercitat. jurid. 10. quest. 2. pag. 292. & seqq.

§. At si ita stipuleris. 3.

At si ita stipuleris, decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes? & purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed heres petendo, pacti exceptione submovebitur.

SUMMARIA.

- 1 Quælis stipulatio sit, promittis decem aureos annuos, quoad vivam.
- 2 Cur pura sit ista annua stipulatio.
- 3 Cur eadem stipulatio sit perpetua.
- 4 Tempus non est modus inducenda vel tollenda obligationis.
- 5 Differentia inter stipulationem annuam, & legatum annuum.
- 6 Facta sunt personalia.
- 7 Per stipulationes tam heredibus nostris, quam nobismetipsis consulere credimur.
- 8 Contractus legem ex conventionē accipiunt.

1 **S**tipulatus est quidam decem aureos annuos, quoad vixerit: quæritur, an stipulatio hæc purè sit facta, vel in diem? Et ait hic Imperator: hanc stipulationem, etsi in diem propter tempus sive diem adjectum videri possit;

2 non esse tamen in diem, sed puram & perpetuam. Cur

pura sit hæc annua stipulatio, ratio illa est: quia ex eâ stipulator confestim agere, adeoque decem initio statim cujuslibet anni petere potest. *l. cum, qui ita. 56. §. qui ita stipul. 4. ff. hoc tit.* perinde ut legatarius, post mortem testatoris, annum legatum sibi relictum. *l. nec semel. 12. §. 1. ff. quando dies legator. vel fideicom. cedat. l. 1. C. eod.* Si quidem tempus hic non differendæ, sed potius multiplicandæ solutionis gratiâ, & sapius reiterandæ puræ obligationis causa adiicitur. *l. cum in annos. 10. & duabus ll. seqq. ff. d. tit.* Cur verò stipulatio ista sit perpetua, sicque ad heredem transitoria, elegans ratio hic in textu redditur: quia scilicet ad tempus deberi non potest. Ratio rationis: quia obligationes sunt juris, ut ex definitione obligationis. *suprà t. de obligationibus expositâ*, apparet. Ea autem, quæ juris sunt, sui naturâ sunt perpetua, non minùs, atque jus ipsum, notante hic Ritterhusio, pag. 462. Et hoc est, quod vulgò dicitur: tempus non esse modum inducendæ obligationis, ut nec tollendæ sive finiendæ. *l. obligationum ferè. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act. infr. tit. quibus mod. tollit. obligat. Mynsing. hic. num. 3. Wesenbec. n. 6.* Observandum porro hac in re est discrimen stipulationis & legati: quod stipulatio annua sive in annos singulos, est perpetua, & ad heredes transitoria: legatum annuum non item; sed morte legatarii extinguitur. *l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit.* Ratio hujus discriminis duplex videtur: Tum quia stipulatio juris est, legatum facti. *l. penult. ff. de capite minutis.* Quæ autem juris sunt; ad heredes transeunt, quæ facti, non item: facta quippe personalia sunt, arg. *l. ult. ff. de conditionibus institution. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus. p. 73.* Tum quia legatum annuum, propter alimenta legatarii factum censetur: ac proinde personale intelligitur: sicque ad heredes non transmittitur. *l. 1. in fin. ff. de constitut. princ. l. idem in duobus. 25. §. 1. ff. de pact. l. non solum. 8. §. tale legatum. 3. ff. de libertat. legat. l. in omnibus causis. 68. & l. privilegia. 196. ff. de reg. jur.* At per stipulationes, tam heredibus nostris, quam nobismetipsis, consulere & prospicere credimur. *l. si pactum. 9. ff. de probationibus. l. tale pactum. 40. §. ult. ff. de pactis.* Cæterum cum contractus legem ex conventionē accipere dignoscantur. *l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & c. contractus. 85. eod. tit. in 6.* hic autem inter stipulantem & promittentem non id tantum actum sit, & conventum, ut decem annua darentur: sed simul etiam hoc placuerit, ut decem annua darentur, quoad viveret stipulator. Idcirco ex eo pacto conventio ista jus accipiet: & per consequens stipulatoris heres, decem annua petens, exceptione sive pacti, sc. quoad vivam, sive doli mali removebitur, hoc §. in fine. & *d. l. obligat. ferè. 44. d. vers. placet. ff. de oblig. & actionib.* Verum pacto, quoad vivam, annuæ stipulationi non adjecto; heredem stipulatoris annuatim decem petere posse, cum obligatio perpetuetur, dubium non est. *d. l. si Stichum. 16. §. 1. ff. hoc tit. Vide de prædictis verbis suis disputantem Bachovium hic pag. 747. & seqq.*

§. Sub conditione. 4.

Sub conditione stipulatio sit, cum in aliquem casum differtur obligatio: ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? Si quis ita stipuletur: Si in Capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, cum morietur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri: eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.

SUMMARIA.

- 1 Conditionalis stipulatio quid sit.
- 2 Conditionis proprius effectus.
- 3 Condicio alia casualis, alia potestativa, alia mixta.
- 4 Vera conditio quæ.
- 5 Potestativa conditio.
- 6 Mixta quæ sit.

- 7 Omnis conditio vel in faciendo posita est, vel in non faciendo.
 8 Conditionalis stipulatio in quo differat à stipulatione purâ, & in diem.
 9 Consideratio l. usufructus 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de obligat. & actionibus. & l. conditionales. 54. ff. de verbor. significat.
 10 Conditionalis stipulatio facti in utero jam concepto comparatur.
 11 Conditionalis creditor qualis.
 12 Stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur: legatum sub conditione non item.
 13 Hujus differentia ratio duplex.
 14 Legata sunt facti: stipulationes, quoad obligationem juris.
 15 Heres stipulatoris, existente conditione, quatenus post hujus mortem agere possit.

1 **C**onditionalis stipulatio nihil aliud est, quam obligatio in casum aliquem incertum & futurum suspensa, per hunc §. nostrum. Condicio siquidem, quam certum est extitutam, vel quæ præsens respicit tempus, vera conditio non est, sed pro purâ stipulatione habetur. §. conditiones. 6. infr. hoc tit. l. si ita stipulatus. 120. ff. eod. l. cum ad præsens. 37. cum duab. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. nominatim. 34. in fine. ff. de condition. & demonstrat. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novationib. Proprius quippe conditionis effectus est, vim negotii differre: cum semper in futurum concipiatur. Quare cum ita dico: si *Cæsar vivit*, centum tibi do lego; non est conditio: quia in præsens tempus, & non in futurum, concepta est. Et si verò in jure conditio interdum dividitur in casualem sive fortuitam, & in potestativam seu arbitriam, & in mixtam l. unic. §. si autem aliquid sub conditione. 7. C. de caduc. tollend. vera tamen conditio est ea, quæ in casum aliquem concipitur: velut, si *Titius consul factus fuerit*, centum mihi dabis? Potestativa conditio est, cujus eventus ex personæ voluntate dependet: ut, si *domum adificavero*, centum mihi dabis? Mixta est, quæ simul pendet ex fortunâ & voluntate personæ: ut si *ab hostibus reversus fuero*, dare centum spondes? Idque paulò latius explicat Borcholt. hic num. 3. & Schneidevvin. n. 7. & seqq. Ex illis autem hujus §. verbis, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, altera conditionis divisio elicitur: quod nimirum omnis conditio posita sit vel in faciendo, vel in non faciendo: ut, si *Argentiniam iveris*; & si *Argentiniam non iveris*. Inter quas divisionis partes hæc notanda est differentia: quod conditio in faciendo quandocunque impleri potest: conditio verò in non faciendo non nisi in morte impleri potest, hoc §. nost. vers. si quis ita. in verb. perinde erit, ac si stipulatus esset, cum morietur. Porro in eo præcipue conditionalis stipulatio differt à stipulatione purâ, & in diem: quod in stipulatione purâ & jam debetur, quod promissum est, & peti potest: in stipulatione in diem debetur quidem, sed peti nequit: in conditionali nec debetur, nec peti potest, sed spes tantum est, debitum iri, hoc §. nost. vers. ex conditionalis. & l. cedere diem. 213. ff. de verbor. significat. Quæ differentia ab effectu conditionalis stipulationis est petita. Is enim (ut supra monitum n. 2.) effectus est conditionis, ut obligationem suspendat ac differat. d. l. cedere. 213. ff. eod.

9 Huic sententiæ non adversatur l. usufructus. 26. ff. de stipulat. servor. l. is, cui sub conditione. 42. ff. de oblig. & act. l. conditionales. 54. ff. de verbor. significat. In priori l. 26. stipulatio conditionalis ex præsentis vires accipere dicitur, quamvis petitio ex eâ suspensa sit. In posterioribus verò legibus creditor etiam is vocatur, cui sub conditione quid promissum est. Ex quo non obscure colligitur; id jam deberi, nec tantum spem esse, debitum iri. Ista, inquam, leges non adversantur: quia respondendum est, stipulationem sub conditione factam, non prorsus nihil esse; sed facti in utero jam concepto quodammodo comparari posse; ut concepta scilicet sit stipulatio, & conditionis eventu nata ac edita. arg. l. 2. ff. de mort. infer. Atque ita exaudiendum est, quod dicitur, ex præsentis vires stipulationem conditionalem accipere. Petr. Osterman. hic in suis rationalibus pag. 74. Ex quo illud quoque consequitur: ex eâ stipulatione jam cœpisse deberi, quod promissum est. Unde & conditionalis creditor dici potest, cui ex stipulatione conditionalis quid debetur. Atque hæc

etiam videtur esse ratio ejus, quod Justin. in fine hujus §. subijcit: hanc stipulationem in heredem transmitti: quia videlicet hæc stipulatio jam concepta sit, sive aliquid jam sit, quod transferri ad heredem possit. Ideo autem Imperator hic in fine ait, spem transmitti: quia nimirum nondum perfecte nata sit obligatio. Sic & Ulpianus in d. l. 54. ff. de verbor. significat, inquit: conditionales creditores esse, qui spem habent, ut competat actio. Poterit & hoc non incommode ad locorum illorum conciliationem dici: eum, cui sub conditione promissum est, pendente adhuc conditione, non quidem propriè esse creditorem: dici tamen posse creditorem in spe, sive respectu spei, arg. l. in possessionem. 6. in princ. ff. quibus ex causis in possess. eat. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. & l. si servitus. 23. ff. de servit. pradior. urban. Atque ita, post gloss. hic in verb. differtur. sentiunt Angelus n. 2. Nonius n. 3. Rittershusius in vers. ex quibus sequi, & c. pag. 417. & Alciatus in d. l. conditionales. 54. ff. de verbor. significat. n. 1. & 2. itemq. Timaus Faber disp. 23. ad Instit. Imperial. lib. 3. lit. b. Quanquam verò stipulatio sub conditione concepta ad heredem transmittitur, hoc §. nostro. in fin. l. si quis. 57. ff. hoc tit. id tamen in legato sub conditione relicto non obtinet. Hoc enim, legatario ante conditionis existentiam mortuo, ad heredem ipsius non transire certum est. l. legata. 41. ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui. 42. ff. de oblig. & act. l. si cum heres. 4. & l. seq. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. Ratio differentię inter stipulationem & legatum vulgò hæc adfertur: quod in stipulatione conditionalis intervenit factum stipulatoris, sibi & heredibus suis cavere volentis. l. si pactum. 9. ff. de probat. l. tale. 40. §. fin. ff. de pact. Ast in legato conditionalis nullum legatarii factum intercedit: sed à solâ testatoris voluntate pendet, qui personæ legatarii tantum rationem habuisse, eique soli, ob meritum fortè, vel singularem amorem, non ejus heredi, prospicere voluisse intelligitur. l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Accurs. Bartol. Bald. Angel. Fab. Mynfinger. Schneidevvin. & alii communiter in fine hujus §. nostri. Gomez. tom. 2. variar. resolut. jur. civ. c. 11. n. 36. vers. cujus ratio est, & c. Donell. ad l. si quis. 57. n. 5. h. t. Verum ratio, quam superius attigimus, elegantior hæc videtur: quia scilicet stipulatio conditionalis jam est aliquid; legatum autem conditionale planè nihil est. Cur ita? quia legata utpote donationes, sunt facti. l. penult. ff. de capite minutis. stipulationes verò, quoad obligationem, jus in se continent, arg. t. tit. infr. de stipul. serv. Atqui ea, quæ sunt juris, perpetua sunt; adeoque ad heredem transeunt, arg. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur. Quæ autem facti sunt, eo demum momento aliquid esse putantur, quo fiunt. l. 1. ff. de operis serv. & cum personæ extinguuntur, arg. l. ult. ff. de condit. instit. & l. qui heredi. 44. in pr. ff. de condit. & demonstrat. Arumaus. exercitat. Justin. 13. sub th. 6. in fine. Tametsi aliter id explicent Gœddeus in Comment. de contrah. & commit. stipulat. cap. 9. conclus. 8. n. 174. Bachovius hic pag. 750. & Roberus disput. 15. ad Instit. th. 5. Porro quod de conditionalis stipulatione traditur: heredem stipulatoris, existente istâ conditione, etiam post mortem stipulatoris agere posse; id tunc procedit: cum aliud inter contrahentes non est actum. Nam si hoc actum fuerit inter contrahentes, ut ita demum stipulationi locus esset, si conditio existeret, vivo stipulatore, vel quo alio: voluntatem contrahentium sequemur; & existente conditione post mortem stipulatoris, non permittemus heredi, ut petere possit, quod in stipulationem eâ lege deductum erat, ut deberetur, si conditio, vivo stipulatore, existeret, per textum singularem in l. qui Roma. 122. §. Agerius. 4. ff. hoc tit. Quem textum rectè (meo judicio) ita accipiunt, & eleganter declarant Cujacius in d. l. si quis. 57. ff. eodem. Borcholt. hic n. 8. Philippus Gustofius in disputat. de transmissionib. axiom. 77. eumque laudans Petrus Heigius hic in vers. ex conditionalis. num. 3. cum seqq. & Knipschildt exercitat. Acad. 6. quæst. 14. pag. 230. Licet vulgò Doctores aliter atque aliter sentiant, Bartol. Iason, Angel. Alexand. Petrus de Bellapertic. Bald. Duaren. Donell. & ceteri ad d. §. Agerius Alc. lib. 1. di-sputat. c. 13. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civil. cap.

cap. 3. num. 9. Emanuel à Costa. lib. 2. select. interpretat. cap. 23. Andr. Gail. lib. 2. observ. 2. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 11 num. 36. vers. item adde, quod jus. ibiq. Soarez. in suis addit. ad lit. T. & Gæddens d. cap. 9. conclus. 8. num. 177. & seqq.

§. Loca etiam. §.

Loca etiam inferi stipulationi solent: veluti, Carthagini dare spondes? Quæ stipulatio licet purè fieri videatur; tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur. Hodie Carthagini dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio cui locus inferitur, formâ & conceptione pura; effectus verò, in diem censetur.
- 2 Id semper in contractu tacite agi videtur, ut eo modo, quo potest, valeat.
- 3 Quantum tempus locali stipulationi sit tribuendum, iudicis arbitrio committi debet.
- 4 Stipulatio, licet stricti sit juris: tamen ex eo, quod actum est, interpretationem recipit.
- 5 Omnes contractus, quoad intentionem contrahentium, sunt bonæ fidei.
- 6 Dies in stipulatione quando tacite subintelligatur.
- 7 Sententia & intellectus l. stipulationes. 72. §. ult. ff. de verb. obligat.

- 1 Quæquam id, quod purè promissum est, statim & debeatur, & peti possit, ut dictum in §. omnis. 2. supr. hoc tit. attamen ex naturâ rei, vel loci adjectione sæpe, licet non obligatio, petitio tamen sive executio differtur. Unde stipulatio ista, cui locus inferitur, formâ quidem & conceptione pura est: cum diem aut conditionem non habeat expressam: sed re ipsâ sive effectui, in diem censetur. Veluti, qui Carthagini centum dari stipulatur, cum Romæ sit, tacite tempus complecti videtur, quo perveniri Carthaginem potest; ac proinde etiam centum non statim peti possunt, sed post spacium temporis, quò Carthaginem Româ iri possit. *Idem erit. 60. & l. interd. 73. ff. hoc tit.* Hujusque ratio non obscura est: quia id semper ex tacitâ contrahentium mente in contractu agi videtur, ut valeat actus; & eo modo, quo potest, impleatur. *l. quotiens. 12. ff. de reb. dubis.* Impleri autem talis promissio non potest, nisi spacio ad locum solutioni destinatum proficiscendi concessio. Hoc ergo tacite conventum intelligitur. *d. l. interdum. 73. ff. hoc tit. & simili. lib.* Sed quæritur, quantum tempus sit dandum? Et magis est, ut totam eam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum remittamus: qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promissit: habitâ scilicet ratione temporis, ætatis, sexûs, valetudinis promittentis. *l. continuus. 137. §. 2. ff. h. t. ibique Dd. late Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. q. cent. 1. cas. 2. Heigius hic num. 2. & Schneidevvin. num. 3.* Et ita obiter hîc notandum: quòd licet stipulatio stricti juris sit: eoque ultra verba non extendatur. *l. quidquid dstringenda. 39. ff. hoc tit.* tamen ex eo, quod actum est, ipsa interpretationem recipiat; maximè quando aliàs non fortiretur effectum. *l. si stipulatus. 111. ff. eod. tit.* Omnes enim contractus, quoad intentionem contrahentium, bonæ fidei sunt, ut testatur Iason. in §. actionum. 28. n. 4. & 37. infr. de actionib. eumq. referens Wesenbecius hic n. 3.

Subjungit porrò hoc loco Imperator: si quis Romæ ita stipuletur: *Hodie Carthagini dare spondes?* inutilem esse stipulationem; quia sit impossibilis. Fieri enim non potest, ut promissor, qui Romæ est, unâ die perveniat Carthaginem: adeoque illa tacitâ voluntatis contrahentium conjectura hîc locum sibi vindicare nequit. Hæc tamen ipsa stipulatio interdum utilis est: putâ si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori sive procuratori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem; ac demandarit promissor quidem

suo dispensatori, ut daret; stipulator verò suo, ut acciperet. *l. ultim. §. si inter eos. 4. ff. hoc t.* Planè generaliter sciendum: diem in stipulatione tacite subintelligi, cum facti rei vè promissæ ea est conditio, ut per rerum naturam præstari nequeat, antequam aliquod tempus præterierit. Itaque si domum vel insulam ædificare quis promittat: non statim adversus ipsum hoc nomine agi potest, quòd domum vel insulam non extruxerit: sed post aliquod temporis intervallum, intra quòd insulam conficere & absolvere potuerit. *l. si ita stipulatus essem. 14. d. l. interdum. 73. & l. si insulam. 84. ff. eod.*

Nec his legibus repugnat Ulpianus in l. stipulationes non dividuntur. 72. §. ultim. ff. d. tit. ubi tradit, in hac ipsa stipulatione, insulam fieri non esse expectandum, ut tantum temporis prætereat, quo insula fabricari possit: sed simulatque cœperit mora faciendæ insulæ fieri, agi posse, diemq. obligationis cedere. *Nam respondetur: utrumq. verum esse, nimirum hoc casu agi posse, & agi non posse.* Agi non potest intra id tempus, quo fieri potest insula, eo nomine, quòd non sit extructa: nec potest peti id, quòd interest, eam esse consummatam & perfectam. *d. l. 14. & d. l. 84. ff. hoc tit.* Ratio ejus evidens est: quia stipulatio, insulam fieri, tempus tacitum in se complectitur, quò insula fieri possit. Eo igitur tempore nondum elapso, stipulator eo nomine, quòd insula non sit confecta, adversus promissorem agere nequit. Hanc enim actionem jus, de obligationibus in diem constitutum, impedit: quòd vult, ante diei eventum, quòd promissum est, peti non posse. *d. §. omnis. 2. supr. hoc tit. l. cedere. 213. ff. d. verb. significat.* Hoc tamen nomine etiam ante temporis illius decursum, adversus promissorem agi potest, quòd insulam justo tempore non inchoaverit: quâ actione petitur id, quòd interest, moram non fuisse factam, & insulam fuisse inchoatam. Atq. hoc voluit procul dubio Ulpianus in præallegatâ l. stipulationes non dividuntur. 72. §. fin. ff. hoc tit. *Quæ lex ita videtur esse explicanda ex d. l. continuus. 137. §. item qui insulam. 3. ff. eodem.*

§. Conditiones, quæ. 6.

Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur: aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius Consul fuit; vel, si Mævius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa: non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

S U M M A R I A.

- 1 Condicio proprie quæ sit.
- 2 Conditiones ad præsens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collata obligationem non differunt: eiusque ratio.
- 3 Conditiones pendent ab eventu facti & natura.
- 4 Hominum error vel ignorantia veritati officere nequit.
- 5 Futura non solum nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta.

Diximus suprâ in §. sub conditione. 4. hoc tit. conditionem proprie esse, quæ in casum, sive tempus futurum concipitur. Ea siquidem sola est, quæ differt obligationem, atque suspendit: velut, cum ita stipulor, *si Mævius Consul factus fuerit, centum dabis?* Igitur conditio, quæ ad præsens (ut, *si Mævius Consul est*) vel præteritum tempus (ut, *si Mævius Consul fuit*) refertur; figurâ tantum & formâ, scilicet per hanc particulam *si*, est conditio: propriè verò & quoad effectum, conditio non est. *l. si ita stipulatus fuero. 120. ff. hoc tit. l. cum ad præsens. 37. cum duabus. ll. seqq. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Et hoc est, quòd ait hîc Justinianus: *eiusmodi conditiones aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt*: id est, propriè conditiones non sunt: quia obligationem non differunt. Ratio, cur conditiones ad præsens

sens tempus, vel in præteritum, secus atque in futurum, collata, obligationem non differant, hæc ab Imperatore hic assignatur: quia quæ per rerum naturam semper sunt certa, cujusmodi sunt facta præterita, aut præsentia: obligationem non morantur, aut differunt; licet apud nos, & quoad nostram scientiam, incerta sint. Cur ita? quia conditiones pendent ab eventu facti & naturæ, ipsaque causæ certitudine, non a contrahentium inscitia & opinione, *notante Wesenbecio hic num. 2.* In præsentibus igitur vel præteritis rerum natura inspicitur, non hominum error vel ignorantia: quæ veritati officere, ordinemque naturæ immutare nequit. *l. illicitas. 6. §. 1. ff. de offic. præsid. l. 2. §. si à pupillo. 15. ff. pro emptore. Vult. hic num. 2.* Ast in futuris non rerum natura, sed nostra inscitia spectatur: imò rerum naturam intueri non possumus: quoniam futura, fortuita sive contingentia non solum nobis, sed etiam in rerum naturâ, sunt incerta. Neque enim, quod futurum est, fieri aut evenire necesse est, cum possit non evenire, ex sententiâ Aristotelis, Chrysippi, & Stoicorum omnium: quam nostri Jurisconsulti: qui ferè omnes à Stoicis instituti sunt, sequuntur: prout docet Cujac. in *l. conditio 100. ff. hoc tit. & Borcholt. hic num. 3.* Proinde conditionem in tempus futurum collatam, propriè conditionem esse; stipulationemq; in futurum conceptam, obligationem non statim perimere: nec etiam statim obligationem facere existere; sed eam differre, rectè concluditur *d. l. cum ad præsens. 37. & ll. seqq. ff. de reb. credit. & d. l. si ita stipulatus. 120. ff. hoc tit.*

§. Non solum. 7. & ult.

Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subicere: ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, quod ejus intersit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur: ita adiici pœna debet: *si ita factum non erit, tunc pœna nomine decem aureos dare spondes?* Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eademque conceptione stipuletur quis; clausula hujusmodi erit adiicienda: *Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit: tunc pœna nomine decem aureos dare spondes?*

S U M M A R I A.

- 1 Stipulationum alia consistunt in dando, alia in faciendo.
- 2 Stipulatio faciendo duplex: in faciendo, & in non faciendo.
- 3 Stipulationes dandi in quo differant à stipulationibus faciendo.
- 4 In stipulationibus factorum pœnam subicere, optimum est: cuiusq; ratio.
- 5 Qualiter pœna subicere debeat.
- 6 An & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit: an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur.

¹ **S**uprà initio hujus tituli, & circa explicationem definitionis stipulationis. num. 54. dictum est: stipulationes consistere vel in dando, vel in faciendo. Idem Justinianus Imperator hic repetit; & cum de iis præcipuè, quæ in dando positæ sunt, hæcenus disputatum sit: jam earum stipulationum, quæ in faciendo consistunt, tractatum subtexit. Hoc autem stipulationis genus, quod in facto consistit, duplex est: videlicet aut in faciendo, aut in non faciendo. Verbi gratiâ: *Promittis mihi fodere fossam, adificare domum?* &c. *Promitto.* Vel, *promittis, te non facturum, quò minus mihi per fundum tuum ire agere licet: vel, te non iturum Romam?* &c. *l. ubi autem. 75. §. qui id, quod in faciendo. 7. ff. hoc tit.* Atque in eo hæc stipulationes à superioribus, in dando positis, discrepant. Affertur & alia inter easdem hoc loci differentia: quòd nimirum in stipulationibus, in quibus

factum versatur, plerunque adjicitur stipulatio pœnalis: in stipulationibus verò dandi rariùs pœnalis stipulatio adjicitur. Ratio differentiæ hæc est: quia facta incerta sunt; & ideo per stipulationem pœnalem certa quodammodo redduntur. *d. l. ubi autem. 75. §. qui id. ff. eod.* Si enim factum promissum non præstetur: loco ejus, quod interest, certa pœna promittitur. Nam non solum factum, sed etiam id, quod interest, cum in facto consistat, incertum est. *l. quatenus. 24. ff. de reg. jur. l. fin. ff. si quis in jus vocatus non ierit. &c.* Ac idcirco, auctore hic Justiniano, optimum est, omnibus faciendi stipulationibus pœnam subicere: quia si quid vel fieri, vel non fieri, adjuncta pœnâ, stipulati fuerimus: nobis pœna debebitur; etiam si id factum fuisse, vel non fuisse factum, nihil nostrâ interfuerit. In hac siquidem stipulatione tantum quantitas stipulationis, non autem id, quod interest, spectatur. Neque verò timendum est: ne pœna probari non possit. Etenim si de ipsa stipulatione constiterit: utique etiam de pœnâ huic stipulationi insertâ constabit. Quibus porrò formulis stipulationes pœnales concipiendæ sint, Imperator in hoc §. exemplis quibusdam propositis, quæ proprio quisque Marte intelligere potest, demonstrat. Illud tamen non prætereundum: pœnam semper debere apponi sub conditione contrariâ huic, quod in stipulationem deductum est. Itaque si stipuleris, *quid fieri*: pœnalis stipulatio subsequens sub contrariâ conditione, *si factum non fuerit*, concipienda est. Et vice versa, si stipuleris, *quid non fieri*: pœnalis stipulatio sub conditione, *si hoc factum fuerit*, subnecti debet: ut haud difficulter colligere licet ex hoc textu nostro, & *l. cum quid. 71. & l. continuus. 137. §. penult. ff. hoc tit.* Cæterum an & quatenus pœna conventionalis duplum ejus, quod in stipulationem deductum est, excedere possit? an item per pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur? latè & diversimodè post alios à se citatos, exponunt Fachinans *l. 1. controversiar. jur. cap. 5. Gæddes in Commentar. de contrah. & commit. stipulat. cap. 5. conclus. 7. num. 54. cum seqq. Bachovius hic n. 2. pag. 754. & Hunnius lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 4. quest. 8. & 9.* Sanè quòd pœna isthæc duplum excedere possit, breviter probatur; tum quia nullibi hoc est prohibitum: tum quia pactum istud non est contra bonos mores: tum quia in *l. unica. C. de sentent. quæ pro eo, quod interest. profer.* pœna conventionalis legati in eo opponitur, quòd hujus certus modus sit, illius non item: tum postremò, quia stipulator jus exinde quæsitum habet, quòd ipsi auferri non debet. *l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Iustus Smolt, aliùs Schütz exercit. juris disput. 14. th. 12. lit. d. pag. 217.*

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TITULUS XVII.

Princip. Tit.

Et stipulandi & promittendi duo pluresvè rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, *spondeo*: utputà, cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo.* Nam si prius Titio sponderit, deinde alii interroganti spondeat: alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresvè rei promittendi ita fiunt. *Mavi decem aureos dare spondes? & Sei, eosdem decem aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim, *spondeo.*

S U M M A R I A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Rei unde, & qui dicantur.
- 3 Rei credendi & debendi qui.
- 4 Rei stipulandi & promittendi qui.
- 5 Ut duo pluresvè rei stipulandi & promittendi fiant, qua requirantur.
- 6 Plures stipulandi & promittendi rei constituuntur vel expresse, vel tacite.
- 7 An alter ex correis stipulandi novare obligationem possit.
- 8 Acceptilatio est loco solutionis.

Superiori titulo expositum est de stipulatione singulorum: jam hoc titulo agitur de stipulatione duorum aut plurium: qui vulgò correi, à veteribus verò duo rei appellantur. Rei autem à re nominati sunt: & dicuntur non solum ii, qui arguuntur sive accusantur & conveniuntur. *l. hoc accusare. 12. §. 1. & 2. ff. de accusationib. l. si confessus. §. de custod. reor. l. favorabiliores. 125. ff. de reg. jur. l. properandum. 13. §. 2. & 3. C. de judic. sed omnes omnino, quorum de re disceptatur, teste Cicerone* *lib. 2. de Orat.* Hinc quibus ex aliis etiam contractibus, quam stipulationibus, putà mutuo, emptione, locatione, deposito, &c. vel ex testamento, eadem res debetur, hi rei credendi; & qui eandem rem debent, rei debendi vocantur. *l. si duo rei. 34. ff. de recept. arbitr. l. eandem rem. 9. ff. de duob. reis constituend.* Sic rei stipulandi (de quibus hoc tit.) nuncupantur, quibus unius rei promissio simul facta est: rei promittendi, qui rem eandem pariter & in solidum singuli promiserunt. *l. 1. & 2. ff. d. t. Wesenbec. hic n. 1.* Vide Althusium *l. 1. dicaolog. cap. 85. num. 13. & seqq. pag. 299. & seq.* Ut igitur stipulatione duo pluresvè rei stipulandi & promittendi fiant: primò requiritur, ut super unâ eademque re conjunctim seu copulativâ oratione & stipulatio fiat, & promissio. Distinctæ enim promissiones sive responsiones singulis interrogationibus redditæ, diversas quoque & separatas stipulationes efficiunt. Deinde necesse est, ut & stipulatio & promissio fiat in solidum, non quidem expresse & nominatim, sed tamen ut id agatur. Exempli gratiâ: si Mævius à Titio centum aureos stipuletur, & in continenti eosdem centum aureos ab eodem Titio stipuletur Sempronius: eisq; Titius statim respondeat, promitto: vel utrique vestrum dare spondeo: duo rei stipulandi erunt. Contrâ si Titius à Mævio & Sempronio eosdem centum aureos stipuletur: & utrique respondeant singuli separatim, spondeo; vel omnes, spondemus: duo rei erunt promittendi. *l. duo rei. 4. ff. de duob. reis constituend.* Quamobrem si Titius stipuletur à Mævio centum aureos: & mox à Sempronio similiter centum aureos: cui uterque reus illico respondeat, spondeo: duo rei promittendi non erunt. Ratio est: quia in hac stipulatione Titius non dixit, eosdem centum aureos dare spondes? Uterque tamen Titio tenebitur in aureos centum, si diversa stipulatio & promissio fuerit. Quid autem, si Titius stipulatus sit decem aureos à Mævio & Sempronio: eosque illi repromiserint? Et ne hoc quidem casu duo rei debendi erunt: sed singuli partes viriles, id est, quinque debebant, ex hac ratione: quia ut in solidum essent obligati, non fuit actum. *l. reos promittendi. 11. §. 1. ff. de duob. reis const.* Cæterum quæ ad constitutionem reorum stipulandi & promittendi requirantur, plenius explicant, post alios, Mynsingerus *hic num. 4. cum seqq. Schneidevvin. num. 4. cum seqq. Heigius hic in vers. nam si prius num. 3. cum seqq. Knipschildt exercit. Acad. 6. q. 15. p. 234. & seq. nec non Locamer. quæstionum juridicarum fascic. 36. quæst. 1.* Porro novationem rectè ab uno correorum stipulandi fieri posse, ostendit manifestè Venulejus in *l. si rem aliquam. 31. §. 1. ff. de novationib.* hisce maxime rationibus adductus: Tum quia unus petens judicium, totam rem in litem deducere potest. *d. l. 31. §. 1. vers. & unum judicium, &c.* Tum quia acceptilatione unius, utriusque sive tota obligatio perimitur. *d. l. 31. §. 1. vers. item unius, &c. l. 2. ff. de duob. reis constituend. l. & per jusjurandum. 13. §. fin. & l. si ex pluribus. 16. in princ. ff. de acceptilatis.* Est enim acceptilatio loco solutionis. *l. in diem. 5. d. l. si ex pluribus. 16. in fine principii ff. eod. tit. l. non solum. 7. §. 1. ff. de liberat. legat.* Solvi verò uni sine dubio potest. *d. l. si rem. 31.*

§. 1. ff. de novationibus. Tum denique quia perinde duo rei stipulandi sibi quæsierunt, ac si solus stipulatus esset. *d. l. 31. §. 1. vers. ex quibus colligitur, &c.* At quin solus stipulatus, solus etiam novare possit, minimè dubitatur. Hisce quamvis gravissimè & è diametro adversari nonnulli putent *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* (quam mirifice explicando, in hunc atque illum sensum Interpretes torserunt, *Ant. Faber. lib. 11. conject. cap. 18. Robert. lib. 1. sententiar. jur. cap. 25. Accurs. Cujacius, Gothofred. & alii ad d. l. si unus. 27. in princip. ff. de pact. Borcholt. in Comment. de pact. cap. 2. num. 18. & seq.*) attamen nihil accommodatius esse (post *d. l. 31. §. 1. ff. de novationib.*) quo novatio duorum correorum stipulandi probetur, quam illam ipsam *l. si unus. 27. in princ. ff. de pact.* existimat, atque ingeniosè evincit novissimè Valentinus Riemer. *decad. 10. quæst. illustr. 6. ad quem, utpote in omnium manibus versantem, benevolum Lectorem remitto.* Adde Christoph. Philippum Richterum in *tract. de contractib. disput. 7. th. 2. sub lit. l. pag. 178. & seq.*

§. Ex hujusmodi. 1.

Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur: & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, & omnes liberat.

S U M M A R I A.

- 1 Effectus constitutionis duorum reorum.
- 2 Cur obligatio in duobus reis, sit in solidum.
- 3 Vno correorum promittendi solvens, & ceteri liberantur.
- 4 Intellectum auth. hoc ita. C. hoc tit. & Novell. 29. cap. 1.

Hic de effectu hujus stipulationis, sive constitutionis duorum reorum tractatur. Nam ubi duo rei stipulandi seu credendi constituti sunt, singulis in solidum debetur: contrâ ubi duo rei sunt promittendi sive debendi, singuli in solidum tenentur. Ast ubi non sunt correi sive duo rei, non in solidum, sed in partes viriles obligati sunt. *l. 1. & 2. C. hoc tit.* Cur autem obligatio in duobus reis in solidum sit, ratio hæc est: quia licet unius tantum rei sit obligatio: nominatim tamen, aut tacite saltem id actum censetur, ut eadem utrique, vel ab utroque debeat. Aut (ut apertius dicam) licet una & eadem sit obligatio in genere considerata: illa tamen in plurium personis multiplicata creditur. Quemadmodum enim uno vinculo plures ligantur: ita plures personæ unâ obligatione adstringuntur: quarum respectu plures quidem & multiplicatæ dicuntur obligationes; respectu tamen substantiæ, & unitus rei in obligationem deductæ, una obligatio intelligitur. Hincque fit, quod si unus ex duobus reis promittendi solverit: non solum ipse, sed & alter promittendi reus liberetur, totaque obligatio perimatur, hoc §. nostro. *l. 2. & 3. §. 1. ff. de duob. reis constituendis. Vide Timaum Fabrum disput. 23. ad Institut. Imperial. th. 4. lit. a.*

Quod porro traditur, duos pluresvè promittendi sive debendi reos in solidum teneri. *hic & d. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem. 9. §. ultim. & l. fin. ff. d. tit. d. l. 1. & 2. C. hoc tit.* ei non adversatur *Authent. hoc ita. C. eod. & Novell. 29. c. 1.* ex quibus textibus Interpretes communiter concludunt, quod jure novissimo correi debendi in solidum non teneantur; sed habeant beneficium divisionis, si omnes solvendo sive idonei, & præsto sint: *Ferrarius, Cantinucula, Baro, Linus, Mynsinger. Schneidevvin. Giphanius, Borcholt. Rittershusius, & alii in hoc §. Wesenbecius in Paratit. ff. de duob. reis constit. num. 7. Hænon. disput. 14. controvers. 10. Gædd. in Comment. de contrah. & committ. stipulationib. cap. 9. conclus. 5. num. 127. Timaus Faber dict. thes. 4. ad lit. b.* Etenim textus istos tantum de duobus reis, qui vice mutuâ fidem jusserunt, tractare, docent *Cujacius & Antonius Matthæus*

Matthaus hic in suis not. Costalius in l. vir. uxori. 17. ff. ad SC. Vellejan. Donellus in d. Auth. hoc ita. C. hoc tit. Bronchorst. cent. 2. ἐναρτιοπαρῶν. assert. 90. ed. 1. Balduin. in Justin. suo pag. 531. D. Collega Bocerus class. 2. disputat. 15. th. 79. ed. 2. & in hoc §. num. 3. & 4. pag. 250. Ronchegall. in d. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constit. num. 99. & seqq. Arumans Exercit. Justin. 13. th. 9. Schegk. in delibatis. jur. disput. 16. th. 8. & Heigius in hoc §. nostro. n. 3. & seqq. Eandem rem explanatius exequuntur Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 27. th. 9. lit. E. p. 881. cum seq. Hunnius ibidem in resolut. quest. 54. pag. 163. & seq. Frantzkius exercitar. jurid. 10. quest. 3. pag. 296. & seqq. Valentinus Riemer decad. 10. quest. illustr. 7. Rittershusius in exposit. d. Nov. 99. part. 3. cap. 6. per tot. pag. 162. & seqq. itemque Locamer. question. juridic. fascic. 36. quest. 3. & 4.

§. Ex duobus. 2. & ult.

Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.

S U M M A R I A.

- 1 Plures rei promittendi qualiter obligari possint.
- 2 Consideratio l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituendis.
- 3 Fidejussor aliter, quam principalis reus, obligari nequit.

- 1 **A**lt in hoc §. Imperator; ex duobus sive pluribus reis promittendi, unum purè, alium in diem, vel sub conditione obligari; & purè obligatum, quamvis aliter correi obligati sint, statim conveniri posse. Idem ait Florentinus in l. ex duobus. 7. ff. de duob. reis constituend. Cui non repugnat Papinianus, dum asserit: duos reos debendi non esse, à quibus impar suscepta est obligatio. l. eandem. 9. §. 1. ff. d. tit. Nam quicquid hinc est imparitatis sive dissimilitudinis, facile ad paritatem reduci potest. Adveniente etenim conditione, vel die, ambo æqualiter tenentur. Conditio siquidem, cum semel exiit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione stipulatio inita esset. l. potior est. 11. §. 1. ff. qui potior. in pign. vel hypo. hab. Verum si esset dissimilitudo & imparitas, quæ tolli, aut ad paritatem reduci nequeat: hæc certè obligationem duorum reorum impedire posset: ut, si quis stipuletur, ab altero dolum præstari, ab altero culpam tantum. Neque enim fieri potest, ut hi parem causam suscepisse videantur: ac proinde duo rei esse non possunt, à quibus tam impar suscepta est obligatio. Et ita accipienda est d. l. eandem. 9. §. 1. ff. de duob. reis constituend. My. singer. hic num. 3. & Osterman. in suis rationalib. pag. 79. Caterum quod hinc dicitur: ex duobus reis unum purè, alterum sub conditione adstringi posse: id in reo & fidejussore non obtinet. Fidejussor namque, cum ejus obligatio sit accessoria, & formam ex principali sumat, aliter, quam principalis reus obligari non potest; hoc est, si reus obligatus sit sub conditione, fidejussor purè obligari nequit. §. fidejussores ita. 5. vers. item si ille. infr. de fidejussorib. l. Gracè. 8. §. illud commune. 7. ff. eodem. & notat Wesenbecius hic num. 2.
- 2
- 3

DE STIPULATIONE SERVORUM.

TIT. XVIII.

Principium Tituli.

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati: ac per hoc etiam heredi postea factò acquiritur.

S U M M A R I A.

- 1 Continuatio hujus tituli.
- 2 Ejusdem continuationis contra Bocerum defensio.
- 3 Institutiones obviunt vim legis.
- 4 Jurisconsultis de jure respondendi, non jus impugnandi: potestas concessa.
- 5 Cur de stipulatione, & non promissione servorum, hic quaeratur.
- 6 Res nostra per servos melior fieri potest: deterior non item.
- 7 Servus juris civilis non capax.
- 8 Consideratio l. consilio. 7. §. ult. ff. de curatoribus furio so. & c.
- 9 Servus ex persona domini caput habet.
- 10 Hereditas persona defuncti vicem sustinet.
- 11 In quibusdam hereditas pro persona non habetur.
- 12 Servus hereditarius in usufructum stipulari non potest.
- 13 Furtum invito domino fieri dicitur.

Indicatum est hæcenus, quomodo stipulatio per homines liberos fiat: nunc consequenter ostenditur, quomodo per servos eadem fieri queat. Caterum Dn. Collega Bocero hic num. 1. & duob. seqq. pag. 254. displicet non solum hæc communissima continuatio: sed & Methodus Justinianea. Sanè justam, absolutamque methodum in universis libris Justinianeis non ubique rectè observatam esse, ultro fatemur: & esset ideo optandum (scilicet!) ut tempore Justiniani pro Triboniano Bocerus vixisset, qui forsitan accuratorem methodi rationem sequutus fuisset, si potuisset. Verum quoniam ad hunc usque diem non est prodita ab ullo talis methodus, quæ omnes essent contenti; & ipsi quoque Bocero nova methodus tentata non ita feliciter successit, ut in pluribus non peccarit, quam ipse Tribonianus; nihil insuper in tam vario multorum aliorum nisu, & operatione multiplici extat, non solum quod Scriptis Justiniani anteferri, sed ne conferri quidem hoc in genere rectè possit: omnino studiosa juris juventuti suadeo, ne se cujusquam consilio ab hisce Justiniani libris in alia omnia traduci patiantur; maxime, cum iis etiam vis legum attributa sit: quam usu multorum seculorum confirmatam videmus. §. quas ex omnibus. 6. supra in præmio harum Institutionum. Valeant ergo arrogantes isti Censores, & infelices novatores, qui fastidioso & insolente conatu contra ipsum Divum Imperatorem Justinianum insurgere, ejusque methodum pervertere & evertere non verentur. Quid enim, quæso, futurum putamus, admissa hac interpretandi licentiâ? An certi aliquid in jure nostro relinquatur? An non quilibet ex quolibet poterit effingi? Maneamus igitur intra terminos: nec nimium sapere velimus. Respondendi de jure nobis potestas permissa est; non impugnandi jus, aut abrogandi facultas concessa. Quid (malum!) Imperatoris officium usurpare temerario ac nefario ausu cupimus? contra l. disputare. 3. C. de crim. sacrileg. & l. ult. §. 1. C. de legib. Ideo autem hinc de stipulatione, & non de promissione servorum quaeritur: quia licet servus ob communem utilitatem stipulari possit: tamen jure civili, quo nullam planè personam habet, cujusque particeps non esse censetur, neque ipse promittendo, obligatur: neque dominum obligare potest. §. item inut. 6. infr. de inut. stip. l. quod si servum 3. in princ. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim. l. liberos. 3. in fine. ff. de capite minutis. l. qui testamento. 20. §. serv. 7. ff. qui testam. fac. possunt. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. Tametsi jure prætorio dominus per servum peculiotenus obligetur. l. 1. & tot. tit. ff. de peculio. l. ei, qui servo. 7. l. cum ancilla. 11. & duab. ll. seqq. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, & c. §. præerea. 4. infr. d. tit. Ratio, cur promittendo servus dominum obligare nequeat, est perspicua: quia res nostra per servos melior fieri potest: deterior fieri non potest. l. meior conditio. 123. ff. de reg. jur. l. per quos. 59. ff. de pact. l. ult. circa fin. C. de acquir. & retin. p. ff. Ac sanè servum ex personâ domini jus stipulandi habere, eique stipulando acquirere, non ambigitur, hoc princip. nostr. l. 1. & tot. tit. ff. hoc tit. Ratio, cur ex personâ domini servus jus stipulandi habeat, nota est: quoniam per se nec stipulari, nec ullam obligationem contrahere potest. l. obligari. 4. in fin. ff. de oblig. & act. l. in personam servitem. 22. ff. de reg. jur. Quid ita? quia servus juris civilis est expers. d. l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac.

fac. poss. d. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur. Atqui obligatio est juris vinculum, ut supr. ad princip. tit. de obligationib. dictum.

- 8 Non obstat l. consilio. 7. §. ultim. ff. de curatoribus furioso, &c. ex quâ lege probatur; contractus, adeoque etiam stipulationem, esse facti. Ea autem, quæ facti sunt, in ipsius servi personam cadunt; cum naturalia sint. §. sed cum factum. 2. infr. hoc t. Non, inquam, obstat. Nam respondetur: stipulationem & contractus partim facti esse, ratione scilicet ipsius conventionis ac negotii, quod geritur: partim juris, ratione obligationis inde natæ: quemadmodum ex illa ipsa l. 7. in contrarium adductâ, evincitur. Dum enim Julianus JC. ait, contractus facti magis esse, quàm juris; eo satis aperte innuit, contractus non planè facti esse, sed etiam jus aliquod complecti. Id quod clariùs confirmatur ex l. si unus. 27. §. 2. ff. de pactis. ubi expresse, in stipulationibus jus contineri, traditur. Quod si verò dominus, ex cujus personâ servus caput habet, mortuus est: hereditati, aut heredi futuro servus; quòd ante aditam hereditatem indefinitè & generaliter (Aliter namque se res habet, si nominatim certo alicui heredi stipuletur, qui nondum hereditatem adiit: quo casu nihil agitur. l. servus. 35. ff. hoc tit. Huiusque ratio est: quia stipulationis tempore, quo vires accipit stipulatio, heres istius servi dominus non fuit: proindeque extraneo stipulari videtur: quod jure est prohibitum. §. alteri. 18. infr. de inutilib. stipulat.) stipulatus est, acquirit. Et ratio est: quia, inquit hic Iustinianus. hereditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet. Ratio rationis: quia tamen si hereditas strictè res est, & non persona. §. 1. supr. de reb. corporalibus. & incorporal. utilitatis tamen causa receptum est, ut locum defuncti obtineat, adeoque pro personâ habeatur: ne videlicet post defuncti mortem, dum hereditas jacet, commoda eorum, quæ in hereditate sunt, putà fructus, foetus, partus, &c. pereant. Vide eâ de re fusius differantes, Bachovium in suis not. ad Treutler. vol. 2. disputat. 27. th. 2. lit. A. pag. 815. & Hunnium ibidem in suis resolutionibus. quest. 16. pag. 81. & seq. Rectè autem ait hic Imperator, in plerisque, & Hermogenianus dicit: in multis partibus juris hereditas pro domino habetur. l. hereditas. 61. ff. de acquir. rer. domin. Quia excipiuntur quædam, in quibus hereditas pro domino, sive pro personâ non habetur: ut est usus fructus, furtum, aditio hereditatis, omnes denique causæ, in quibus vivens & vera, non ficta persona, requiritur. Igitur servus hereditarius, id est, hereditatis, quæ nondum adita est, usum fructum stipulari non potest: cum usus fructus sine vera personâ esse nequeat. l. usus fructus. 26. ff. hoc tit. Sic quoque hereditati furtum non fieri dicitur. l. 1. §. Scavola. ff. si is, qui testamento liber esse iussus erit, &c. l. hereditaria. 68. de ff. furtis. Siquidem furtum flagitat personam veram, cui fiat: cum invito domino fieri debeat. §. furtum autem. 6. infr. de obligationibus quæ ex delicto nasc. l. qui jumenta. 40. ff. de furtis.

§. Sive autem. I.

Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur: domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

S U M M A R I A.

- 1 Quadruplex stipulationum servilium forma.
- 2 Servus domino & ignoranti & invito acquirit: ejusque ratio.
- 3 Servus & filiusfamilias in quibus æquiparentur: in quibus item differant.
- 4 Servus ex domini personâ potestatem stipulandi habet.

- 1 Q Uadruplex hîc forma stipulationum servilium affertur. Aut enim servus domino, aut sibi, aut conservo suo, aut impersonaliter stipulatur. l. 1. in princ. & l. sive mihi. 15. ff. h. t. Sed quocunque modo stipuletur: domino & ignoranti & invito acquirit. §. 1. supr. de his,

qui sui vel alieni juris sunt. l. acquiritur. 10. §. 1. & l. etiam invitis. 32. ff. de acquir. rer. domin. l. servus. 62. ff. de verbor. obligat. l. placet. 79. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Eiusque ratio est: quia ipse servus, cum in potestate alterius sit, nihil suum habere potest. §. item vobis acquiritur. 3. vers. ipse enim servus supr. per quas person. cuique acquiritur. l. homo liber. 54. §. quidquid. 4. ff. de acquir. rer. domin. l. ait prator. 23. §. 1. ff. ex quibus caus. major. &c. l. qui in serv. 118. ff. de reg. jur. Idem juris & in filiofamilias esse Imperator hîc affirmat: ut nimirum, quemadmodum dominus per servum, tanquam instrumentum, acquirit, & ipse stipulatus esse fingitur: ita & pater per filium, potestati suæ subiectum, acquirere censeatur. §. si quis alii. 4. vers. ei verò, qui infr. de inutilib. stipulat. l. quodcunque. 45. ff. de verbor. obligation. Quamvis autem hoc loci servus & filiusfamilias, quoad acquisitionem, æquiparentur: in eo tamen differunt, quòd servus indistinctè quærat domino: at filiusfamilias in peculio profectitio tantum, & adventitio, quoad usum fructum, patri acquirat. §. 1. supr. per quas person. cuique acquiritur. l. cum oportet. 6. C. de bon. qua liberis. &c. Et hoc est, quod ait hîc Imperator in fine: ex quib. causis acquirere possunt. Potest & alia inter filiumfamilias & servum notari differentia: quòd servus ex personâ domini (propriam enim non habet) vim ac potestatem stipulandi capit, ut suprâ initio hujus tituli dictum. Filius autem familias non ex personâ patris, sed ex suâ jus stipulandi habet: quia est civis Romanus, ac liber. l. filiusfamilias. 39. l. obligari. 43. ff. de obligat. & actionibus. l. cum filiusfamilias. 49. ff. de verb. obligat. l. si dubitet. 10. §. filiusfamilias. 2. ff. de fidejussoribus.

§. Sed cum factum. 2.

Sed cum factum in stipulatione continebitur: omnimodo persona stipulantis continetur: veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat. Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

S U M M A R I A.

- 1 Servus stipulando acquirit domino ea, quæ sunt juris: & sibi ipsi, quæ sunt facti.
- 2 Ratio istius differentia.

D Ictum est in proximè precedente §. servum omnia quæcunque sive sibi, sive domino, sive sine adjectione aliquâ stipuletur, domino suo acquirere. E us hîc exceptio affertur. Nam cum factum est deductum in stipulationem: tunc stipulatio nequaquam domino acquiritur, sed in persona servi tantum consistit: veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat. Ipse enim servus tantum prohiberi non debet, non etiam ejus dominus. Aliud verò est si stipuletur servus, ut domino ire agere liceat. Hoc quippe casu domino stipulatio acquiritur: adeoque dominus ipse ex eâ ire agere poterit. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. & §. seq. ff. de verbor. obligation. Multum igitur hac in re jus differt à facto. Servus namq; stipulans ea, quæ juris sunt, sive sibi, sive domino stipuletur, semper domino ignoranti & invito acquirit, ut est dominium, aut stipulatio dabis? §. item vobis. 3. supr. per quas person. cuique acquiritur. l. servus vetante. 62. ff. de verbor. obligat. Ea autem quæ sunt facti, servus stipulans, si quidem domino, acquirit domino: sin sibi, acquirit sibi. d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui sunt. 6. ff. eod. Ratio hujus differentia inter jus & factum illa reddi potest: quia facta & naturalia sunt, quorum capax est servus, & personalia, eoque in dominum non transeunt. l. qui heredi. 44. in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. si statu libera. 6. §. ult. ff. de statu liber. l. cum proponas. 3. C. de hereditib. instituend. & notat hic Giphanius & Rittershusius pag. 434. Ast ea, quæ sunt juris, prorsus in personam servilem non cadunt. d. l. stipulatio ista. 38. §. hi, qui. 6. ff. de verb. obligat. l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.

§. Servus communis. 3. & ult.

Servus communis stipulando, unicuique dominorum pro portione dominii acquirit : nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est. Tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti, si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.

S U M M A R I A.

- 1 Servus communis acquirit dominis suis pro parte dominicâ.
- 2 Qui plus in societatem confert, etiam plus lucri ferre debet.
- 3 Acquisitionis unica causa est dominium.
- 4 Quibus casibus uni dominorum in solidum acquiratur.
- 5 Nemini res sua acquiri potest.

- 1 **S**ervus communis, id est, qui duorum aut plurium est dominorum, dominis suis non in solidum, neque pro virilibus, & æqualibus partibus; sed pro portione dominicâ, hoc est, quantum quisque eorum juris in servum habet, stipulando regulariter acquirit. *l. servus communis. §. ff. hoc tit.* Sed exemplo res fit illustrior. Pone ergo: Ego & tu emimus servum communem triginta florenis: quorum ego viginti, tu decem exposuisti. Ego itaque duas portiones in servo habeo: tu tertiam. Jam si servus stipuletur trecentos florenos: non acquirerentur tibi centum quinquaginta, id est, portio virilis sive æqualis; sed centum duntaxat: reliqui verò ducenti floreni mihi acquirerentur. Ratio & æquitas hujus rei est perspicua: Tum quia is, qui plus in societatem contulit, plus lucri ut ferat, æquum est. *arg. l. si non fuerint. 29. in princip. ff. pro socio.* Tum quia acquisitionis unica atque sola causa est dominium. Qui ergo plures partes habet dominii, ei etiam plus acquireretur, notantibus Hunnio hic & Rittershusio p. 435. Cæterum à prædictâ regulâ tres excipiuntur casus, quibus non cuique dominorum, sed uni tantum in solidum acquiritur. Primus est: si servus ille jussu unius dominorum stipuletur. *d. l. 5. & duabus ll. seqq. ff. eod.* Iussum etenim prævalet, etiam si alteri domino servus stipuletur, *per textum elegantem in l. ultim. C. per quas person. nob. acquiratur.* ubi Justinianus hanc rationem assignat: Quia malignitati servorum indulgendum non est, ut liceat eis, domini jussione contempta, suâ libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corrumpit, alienum lucrum transferre. Secundus est: si servus communis uni ex dominis nominatim stipuletur; puta; Sempronio aut Titio, hero meo dare spondes? *d. l. servus communis. §. vers. licet autem. l. proinde. 7. §. 1. l. si ex re. 28. §. sicuti. 3. ff. hoc tit.* Tertius est: si rem talem simpliciter stipuletur, quæ alteri ex dominis acquiri non possit: veluti, si domum, quæ jam est alterius dominorum, alteri stipuletur. Hac enim stipulatione ei, cujus jam est domus, nihil acquiritur. *d. l. proinde. 7. §. 1. l. si communis. 17. ff. eod.* cum nemini res sua acquiri queat. §. idem juris. 2. *infr. de inutilib. stipulat. §. sed si rem. 10. supr. de leg. §. sic itaq. 14. infr. de actionib. l. cum res. 4. C. de contrah. empt. & vendit. & latius hic explicat Rittershus. pag. 435.*

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TIT. XIX.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætorix, aliæ conventionales, aliæ communes, tam prætorix, quàm judiciales.

§. 1. Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti, de dolo cautio, vel, de persequendo servo, qui in fugâ est, restituendove precio.

§. 2. Prætorix sunt, quæ à mero prætoris

officio proficiscuntur: veluti, damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his etiam contineantur ædilitiæ. Nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.

§. 3. Conventionales sunt, quæ ex conventionione utriusque partis concipiuntur: hoc est, neq; jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventionione contrahentium: quarum totidem genera sunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum.

§. 4. Communes sunt, veluti, rem salvam fore pupillo. Nam & prætor jubet, rem salvam fore pupillo, caveri: & interdum judex, si aliter hæc res expediri non potest, vel de rato stipulatio.

S U M M A R I A.

- 1 Ratio continuationis.
- 2 Quadrimestris stipulationum divisio.
- 3 Stipulationes judiciales quæ sint.
- 4 Prætorix stipulationes quæ sint.
- 5 Satius est, ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam, remedium querere.
- 6 Prætoris stipulationibus ædilitia annumerantur.
- 7 Cur nomine prætoriarum stipulationum ædilitia contineantur.
- 8 Lectio §. 2. hujus tituli contra Cuiacium &c. defenditur.
- 9 Omnis correctio odiosa &c. visanda.
- 10 Stipulationes conventionales quæ sint.
- 11 Earum quot genera.
- 12 Clausula ista (penè dixerim) quid hic importet.
- 13 Quæ sint communes stipulationes earumq; exempla.
- 14 Stipulatio, rem pupilli salvam fore.
- 15 Stipulatio de rato.

Posteaquam suprâ ad principium num. 54. & §. omnis. 2. cum seqq. tit. de verb. obligat. aliquot stipulationum divisiones sunt propositæ: hoc loco alia divisio, eaque quadrimestris, à causa efficiente sumpta, exponitur. Nam stipulationum aliæ sunt judiciales: aliæ prætorix: aliæ conventionales: aliæ communes, tam prætorix, quàm judiciales. Vide aliter sentientem Timaum Fabrum disp. 23. ad Instit. Imperiales. th. 5. Judiciales stipulationes hic & in l. stipulationum. §. ff. de verb. obligat. (ex quâ l. hic totus tit. ad verbum ferè est descriptus) dicuntur, quæ à mero sive solo judicis officio, id est, jussu & interlocutione, proficiscuntur: hoc est, quarum auctor est judex à prætore datus, non verò prætor ipse, non partes inter se litigantes, ut rectè explicat Cuiacius in d. l. 5. in princip. ff. d. tit. eumq; referens Borcholt. num. 2. Verbi gratiâ: cautio de dolo, est judicialis stipulatio. Etenim illa plerumque in judiciis, jubente judice, præstari solet: ut, si Sempronius rem à fure, aut quovis alio vindicet, & metuat, ne pendente judicio res à fure corrumpatur; reus cavere, de dolo abfuturo in re restituendâ, per judicem, cogitur. *l. præterea. 20. l. si homo. § 4. ff. de rei vindicat. l. creditor. 15. ff. de pignorat. act. Giphani. hic in vers. veluti de dolo cautio, &c.* Sic quoque judicialis est stipulatio, cautio de persequendo servo, qui in fugâ est. Hanc siquidem cautionem sæpe judex interponi curat: veluti, si legatarius servum sibi legatum ab herede petat: heresque eum in suâ potestate esse, ut quia sit in fugâ, neget: heres à judice servum suis sumptibus requirere, & legatario restituere, aut precium ejus præstare jubetur. *l. cum servus. 39. l. servo legato. 69. §. ult. ff. de leg. 1. l. item si. 14. §. quid si homo. ff. quod met. caus. gest. erit. l. si filiofamilias. 25. §. si qui dotalium ff. soluto matrimonio.* Idem & de aliâ qualibet re absente inquirendâ, exhibendâ, & restituendâ sentiendum est, *argument. l. solutione. 18. ff. ad exhiben.* Præter istas cautiones sive stipulationes judiciales, sunt & quædam aliæ: ut cautio indemnitis. *l. ipsi quoq. 19. l. à quo serv. § 8. ff. de rei vindic. ut cautio de refundendo,*

dequē solvendo certo loco, vel tempore, &c. *l. sed si damnum. 9. §. fin. l. ex facto. §. 2. in fin. ff. de pecul. l. quod si Ephesi. 4. §. 1. ff. de eo, quod certo loco, &c.*

- 4 Prætoriarum stipulationes sunt, quæ à mero prætoris officio proficiuntur: hoc est, quarum auctor est ipse prætor: sive, quæ non apud specialem judicem sed apud Magistratum petuntur, & ejus auctoritate, jussu, atque imperio interponuntur: cujusmodi est stipulatio damni infecti, & legatorum. §. 2. *hoc tit. d. l. stipulationum. §. in princ. ff. de verb. obligat.* Priore quis periculum arborum, loci, operis, ædiumve vicinarum, ruinae minantium, evitare potest, *tot. tit. ff. de damno inf. et.* Altera utuntur legatarii stipulantes ab herede, cujus de fide dubitant, de legatis aut fideicommissis rectè præstandis. *l. si filiusfamilias. 114. §. item Principes. 12. ff. de legat. 1. §. tot. tit. ff. ut legator. nom. caveat.* Melius enim, & satius est, ante tempus occurrere, quam post causam, vulneratam, id est, damnum acceptum, vel legatum ab herede consumptum, remedium quærere. *l. ult. Cod. in quibus caus. in integr. rest. necessar. non est.* Cæterum plures stipulationes seu cautiones prætoriarum cognosci poterunt ex tit. ff. de prætoris stipulat. & tribus tit. sequentibus item ex tit. usufructuarius quemadmod. caveat. & tit. si cui plus, quam per leg. Falcid. liceret legatum esse dicitur. cum similibus. Vide Riemerum decad. 10. quæst. illustr.
- 6 3. Planè prætoris stipulationibus & ædilitiæ annumerantur. *d. §. 2. vers. prætorias. hoc tit.* Nam jus ædilitium juris prætorii portio est. §. *prætorum. 7. vers. proponebant. supr. de jur. nat. gent. & civil.* Sunt autem ædilitiæ cautiones, quæ de morbis, aut vitis venalium rerum interponuntur: quarum præcipua est, cautio sive stipulatio dupla, de qua in tit. ff. de evictionibus & dupla stipulat. Verbi gratia: si vendo mancipium, vel equum, & emptori repræmitto, si quid occulti vitii in equo vendito inventum fuerit, aut si evincatur, me duplum soluturum. Venditor enim non solum si quid vitii insit, clarè prædicere; sed eo etiam nomine cavere debet. *l. si venditor. 28. & l. itaque. 32. ff. de ædilit. l. emptori. 37. ff. de evictionibus.* Cur verò nomine prætoriarum stipulationum etiam ædilitiæ contineantur, Justinianus hic in *d. §. 2. ad finem*: hanc rationem subjungit: quia (inquit) & hæc ædilitiæ à jurisdictione prætoris veniunt. Ubi admonendi sumus: Jacobum Cujacium in præallegatâ *l. stipulationum. §. ff. de verb. obligat.* ibique Donellum num. 15. Francisc. Hotomanum hic enunciat. 5. Johannem Borcholtum num. 8. Aulardum, Baronem, Bachovium pag. 760: itemque Tuningium pag. 575. & Petrum Heigium num. 14: cum seqq. & alios nonnullos Interpretes neotericos putare: verbum, prætoris hic expungendum esse: tum quia neque in *d. l. §. ff. de verb. obligat.* neque in Theophilo extet: tum quia ædilitiæ à jurisdictione, non prætoris, sed ædiliæ veniant. *l. 1. in princ. d. l. si venditor. 28. & l. ædiles. 38. ff. de ædilit. edict.* Verum nihil hoc loco delendum, aut corrigendum esse videtur: cum quia omnis correctio odiosa, ac ea propter vitanda est: cum expediât. 29. ext. de elect. in 6. tum quia jus ædilitium pars est, & quasi supplementum juris prætorii. *d. §. prætorum. 7. vers. proponebant. supr. de jure nat. gent. & c.* Et ita quoque, post Giphanium à se citatum, non obscure sentit D. Rittershusius hic pag. 438. circa finem. Sed vide vacillantem D. Bocerum hic num. 14. pag. 260.
- 10 Conventionales stipulationes dicuntur, quæ neque prætoris, neque judicis auctoritate, sed ipsorum reorum, id est, partium inter se contrahentium voluntate interponuntur: & ex earum pacto & placito sive conventionione (quæ legem dat contractui. *l. contractus. 23. & l. nec ex prætorio. 27. ff. de reg. jur. C. contract. 8 §. eod. in 6.*) substantiam capiunt, §. *conventionales. 3. hoc tit. d. l. stipulationum. §. in princ. vers. conventionales. ff. de verb. obligat.* Licet enim prætoriarum quoque & judiciales stipulationes aliquam voluntatem ac conventionem habeant: cum nulla stipulatio sine conventionione & consensu contrahatur. *l. in omnib. §. ff. de obligat. & actionib.* quia tamen in judicialibus ac prætoris voluntas & consensus non est spontaneus, sed ad prætoris jussu interponitur, adeoque necessarius censetur: rectè nomen conventionalium sti-

pulationum prætoriarum & judicialibus non imponitur. Et harum conventionalium stipulationum tot genera sunt, quot (penè dixerim) rerum contrahendarum, id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possint: hoc est, sunt infinita atque innumerabilia. Nam & negotiorum & pactionum, quibus confirmandis stipulationes frequentissimè adhibentur, innumerabilia sunt genera. *d. l. §. in princ. ff. de verb. obligat. l. juris gentium. 7. §. quod ferè. 12. ff. de pact. l. si stipulatus. 4. ff. de usur. l. 1. §. §. sciendum. 4. ff. de stipulat. prætoris. Paul. lib. 5. sentent. tit. 7.* Atque isthæc infinitas sive multitudo rerum contrahendarum in causa esse videtur, cur conventionalium harum stipulationum exempla nulla hic ponantur: cum tamen priorum exempla sint adducta: quia scilicet planè non est necesse. Nemo quippe tam imperitus est, qui non aliquos saltem, si non omnes, quibus obligatio contrahitur, modos teneat. Ex his quisque, si velit, exemplum sibi sumat: & quodcunque genus obligationis contrahendæ adhibuerit, non erraverit. Idque uberius explicat Donellus ad *d. l. stipulationum. §. num. 16. & seqq. ff. de verb. obligat.*

Porro autem cum Imperatore hic in §. 3. & Pomponio in *d. l. §. in princ. vers. conventionales. ff. d. tit.* cautè addimus clausulam istam, penè dixerim. Isthæc quippe clausula eò pertinet, ut intelligamus: quasdam esse res, de quibus contrahi possit, & quæ tamen in stipulatum deduci nequeant: uti res sacræ, religiosæ, liberi homines, &c. quandoque vendi possunt. *l. & liberi. 4. l. liberi hominis. 70. ff. de contrah. empt. alt in stipulationem venire haud possunt. §. idem juris. 2. infr. tit. proximo, & tradit Rittershusius in d. §. conventionales. 3. hoc tit. pag. 439.*

Communes denique stipulationes dicuntur: quæ, rebus ita exigentibus, modo jubente prætore, modo jubente judice interponuntur: cujusmodi stipulatio est, rem pupilli salvam fore. §. *ult. hoc tit. d. l. §. in princ. vers. communes sunt. ff. d. tit.* Nam hæc interdum ex jussu prætoris interponitur, interdum ex jussu judicis. Ex jussu seu officio prætoris interponitur: cum pupillus, vel alius pupilli nomine hanc cautionem, nullo judicio suscepto, per tutorem præstari ultro desiderat, quo res pupillares per eam salvæ remaneant, & in tuto constituentur. Ad quam cautionem præstandam à prætore tantum vel à lio magistratu, non verò à judice tutor compelli potest. Quoties enim eam tutoribus prætor injungit: non judicis, sed magistratus officio fungitur. Nullo namque judicio adversus tutorem pendente, nullâ etiam causæ cognitione adhibita: cautio ista per prætorem decernitur. A judicis autem jussu & officio hæc cautio sive stipulatio proficiuntur: cum lis jam contestata est, & judicium susceptum: ut, si tutor cum pupillo litem instituerit, & ei pupillus objecerit, nondum ab eo cautionem esse præstitam. Hoc casu tutor jussu judicis cogetur, aut illam præstare, aut nomen & officium tutoris omittere, argum. *l. si impuberi. 13. in princ. ff. de tutorib. & curatoribus. datis ab his, &c. l. 3. & l. ultim. C. de tutore vel curatore, qui satis non dedit.* Sic quoque stipulatio seu cautio de rato, sive rem ratam haberi, est communis. §. *ultim. in fine. hoc tit.* Nam ad eam præstandam, procurator alieno nomine agens, etsi ut plurimum per prætorem; interdum tamen etiam per judicem compellitur. Si ante litem contestatam cautio ista exigitur: citra controversiam prætoriam est: cum à prætore injungatur. Si verò post litem demum contestatam petitur: est judicialis. Judex siquidem hoc casu illam ex officio suo decernit. Cæterum hanc rem, post Interpretes hic, latissime persequuntur Alciatus & Donellus ad *d. l. §. num. 19. & seqq. ff. de verbor. obligation. Gæddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 22. num. 302.*

cum aliquot seqq. & Detlevus Langebeckius in suis annotationibus ad leges aliquot perdifficiles. cap. 6.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

TIT. XX.

Princip. Tit. cum §. 1. & 2.

Omnis res, quæ dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest: siue mobilis sit, siue soli.

§. 1. At si quis rem, quæ in rerum naturâ non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit: veluti, Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebatur: aut hippocentaurum, qui esse non possit: inutilis erit stipulatio.

§. 2. Idem juris est, si rem sacram aut religiosam, quam humani juris esse credebatur: vel rem publicam, quæ usibus populi perpetuò exposita sit, ut forum, vel theatrum, vel liberum hominem, quem servum esse credebatur, vel cuius commercium non habuerit; vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendentem erit stipulatio ob id, quod publica res in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest, & res sua stipulatoris esse desinere potest: sed protinus inutilis est. Item contra licet initio utiliter res in stipulationem deducta sit: si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit: extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit: *Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes?* & similis. Quæ enim naturâ sui dominio nostro exempta sunt: in obligationem deduci nullo modo possunt.

SUMMARIA.

- 1 Ordinis ratio.
- 2 Contraria juxta se posita magis elucescunt.
- 3 Inutiles stipulationes quæ dicantur.
- 4 Quæ res in stipulationem deduci possint, vel non possint.
- 5 Impossibile nulla obligatio.
- 6 Vbi res ipsa non debetur, ibi nec debetur ejus æstimatio.
- 7 Ratio diversitatis, cur liber homo, res sacra, religiosa, &c. in stipulationem deduci nequeant: emptio vero & venditio earum rerum subsistat.
- 8 Quædam res commercio non in universum, sed respectu aliquarum solummodo personarum sunt exempta.
- 9 Iudæus servus in Christianum inutiliter stipulatur: ut & præses provinciam rem provincialem.
- 10 Nemo potest sibi rem suam stipulari: huiusque ratio.
- 11 Si res commercio hominum exempta, &c. promissa eum in statum perveniat, à quo incipere potuisset stipulatio, nihilominus inutilis censetur.
- 12 Stipulatio non secundum ius futuri, sed presentis temporis, æstimari debet.
- 13 Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit.
- 14 Quando rei sua stipulatio valeat.
- 15 Stipulatio rei sua distat à stipulatione rei sacra, &c.
- 16 Ratio huius differentia duplex.
- 17 Si res incidat in eum casum, à quo non potest incipere, vitatur stipulatio: eiusque ratio.
- 18 Mens & sententia l. si grege legato. 22. ff. de legat. 1.

1 Hucusque abundè ostensum est, quomodo stipulationes rectè ac utiliter concipiantur; quomodo item
2 dividantur: nunc, quia contraria juxta se posita siue conjuncta magis elucescunt, seque invicem illustrant, argument. princ. tit. supr. de tutel. & princ. tit. supr. de his, qui sunt sui vel alieni jur. l. 1. ff. eod. l. Pomponius 40. §. sed & is. ff. de procuratoribus l. 1. & si contra. 35. in fine ff. de vulg. & pupill. substitution. & similitum. explicandum est, quomodo inutiliter siue nulliter contrahantur.
3 Inutiles autem censentur stipulationes, vel ob materiam, resque, quæ in stipulationem deducuntur, cum

deduci non possint, ut in §. 1. & 2. & 21. vel ob causæ efficientis defectum, puta dissensum. §. 22. defectum vè personarum, quæ obligari nequeunt, ut in §. 3. 4. 6. & 4. seqq. vel ob vitium formæ & accessionum, quæ stipulationi inutiliter adjiciuntur, ut in §. 5. 11. cæ. eris. Omnes
4 porro res, quæ dominio nostro subiiciuntur, hoc est, quæ propriæ nostræ fieri possunt (dominium quippe nihil aliud est, quàm proprietas. l. si procurator, 13. in princip. ff. de acquir. rer. domin.) in stipulationem rectè possunt deduci; siue mobiles sint, siue soli, hoc est, immobiles, auctore hîc Iustiano. Cum enim acquirendarum rerum causa stipulationes institutæ sint: consentaneum est, ut ad omnes quoque omnium rerum acquirendarum modos accommodari possint, docente Hotomano hîc enunciat. 1. Resigitur, quæ in rerum naturâ non sunt, ut res extinctæ; & in rerum naturâ esse non possunt, ut Hippocentaurus, Sphinx, Pegasus, Chimera, &c. (de quibus, & similibus fabulosis monstris, videantur, post Interpretes hîc variè sentientes Plinius lib. 7. cap. 3. & lib. 10. cap. 49. Claud. Galen. lib. de usu. part. 3. Corasius lib. 5. miscellan. jur. civ. cap. 2. Covarruv. lib. 4. var. resolut. cap. 2. Alciatus lib. 9. parerg. cap. 13. Natalis Comes Mytholog. lib. 6. cap. 16. & lib. 7. cap. 4. hosque laudans Henricus Salmuth. in Not. ad lib. 1. rer. memorabil. Guidonis Pancirolli tit. de equis. pag. 466. & seqq.) item res sacra, religiosa, publica & liber homo, cum dominio nostro subiici, & proprietatis jure nobis acquiri non possint; stipulatione comprehendi nequeunt. Quicunque ergo res ejusmodi sibi dari stipulatur: palam est, inutilem esse stipulationem. §. 1. & 2. hoc tit. §. sacra. 8. supr. de rer. divis. l. 1. §. si id, quod. 9. ff. de oblig. & actionib. l. si stipulor. 35. in princip. l. si homo. 69. l. inter stipulantem. 83. §. sacra, 5. & l. liber homo. 130. ff. de verb. obligat. Huiusmodi siquidem res, vel per rerum naturam, vel per juris impossibilitatem præstari non possunt; ita ut merito stipulatio earum nullius momenti censeatur. Impossibile enim nulla est obligatio. l. impossibile. 185. ff. de reg. jur. §. si impossibile. 11. infr. hoc tit. l. Mævius. § 5. ff. de condit. & demonstrat. l. cum heres. 4. §. 1. ff. de statulib. l. non solum. 31. ff. de obligat. & action. l. impossibile. 7. & l. si stipulor. 35. in princip. ff. de verb. obligat. Sed quæritur: an stipulatio hætenus saltem valeat, ut æstimatio istarum rerum in stipulationem deductarum debeat? Et ne æstimationem quidem ex eâ stipulatione deberi, non sine ratione statuitur. Tum quia ubi res ipsa omnino non debetur, ibi nec ejus deberi æstimationem, certum est. §. non solum. 4. supr. de leg. l. cum servus. 39. §. ult. ff. de legat. 1. Tum quia nihil ex stipulatione debetur, nisi quod stipulatione est comprehensum, l. quicquid adstringenda. 99. ff. de verb. obligat. At verò hîc restant sunt promissæ, non æstimatio rerum. Ideoque indubitatum est, ne quidem æstimationem illarum rerum, quæ vel per rerum naturam, vel per juris impossibilitatem præstari non possunt, ex stipulatione isthac deberi. Quod paulò fæsius, contra Porcium dissentientem, probat Bachovius hîc num. 1. pag. 763. Hucque referri poterunt. quæ annotavimus ad d. §. non solum. 4. supr. de legat. num. 13. & seqq. Enim verò res futuræ, licet in rerum naturâ adhuc non sint, velut id, quod in utero est, aut fructus futuri; quia tamen esse possunt, & futuræ sperantur: in stipulationem deduci possunt. l. interdum. 73. in pr. ff. de verb. obligat. Quamvis autem liber homo, res sacra, religiosa, &c. in stipulationem prorsus deduci nequeant: emptionem tamen & venditionem earum rerum bonâ fide factam constare, haud incogniti juris est. l. & liberi. 4. & duab. ll. seqq. ff. de contrah. empt. Ratio
7 diversitatis inter stipulationem & emptionem hæc reddi potest: quia in stipulatione id agitur, ut dominium omnimodo transferatur. l. ubi autem. 75. §. ult. ff. de verb. obligat. in emptione non item. Neque enim venditor cogitur dare, aut emptorem facere dominum, sed tantum rem tradere, & evictionem præstare. d. l. 4. ff. de contrah. empt. l. ex empto. 11. §. 2. l. servus, quem. 30. §. 1. ff. de act. empt. Atqui liber homo, & res sacra in dominio esse non possunt: haberi autem & possideri possunt. Ratio verò, cur liberi hominis, rei sacra, vel publica

venditio in jure permittatur, si emptor ignoret, hac esse videtur: ne scilicet libertas commerciorum impediatur, *argum. l. iusto errore. 44. ff. de usurpat. & usucap.* Sane sunt res nonnullæ, quæ commercio non in universum, sed respectu aliquarum duntaxat personarum sunt exemptæ: de quibus rebus dicendum, quod ea quoque in stipulationem deduci non possint. Quod tamen intelligendum est procedere, si stipulator rei commercium non habeat. Nam rem, cujus commercium non stipulatori, sed promissori tantum est interdictum, in stipulationem utiliter deduci, haud dubium est, *l. multum interest. 34. ibique Cujacius, Duaren. & Donell. ff. de verb. oblig. l. mortuo bove. 49. §. 2. & 3. ff. de legat. 2.* Hinc mancipium Christianum est quidem in commercio, sed non in Judæorum. *tot. tit. C. ne Christianum mancipium haret. vel judæus, vel pagan. hab.* Quapropter si Judæus servum Christianum stipuletur: inutilis est stipulatio: quia mancipium Christianum Judæo subjici non potest. Sic præfidi provinciae rem provincialem in sua provincia comparare, aut stipulari non licet. *l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt.* Quia licet res ista provincialis in aliorum sit commercium: non tamen est in commercio præfidis; id est, præfes rem illam acquirere & possidere non potest: etiam si ab alio acquiri & possideri possit. *l. principalibus. 33. ff. de rebus credit. l. 3. C. si cert. petat.* Et hoc est, quod ait Justinianus hic in §. 2. *cujus* (scilicet rei) *commercium non habuerit*: solus videlicet stipulator, non promissor. *d. l. multum interest. 34. ff. de verb. obligat. Sed vide id explicatius pertractantes Johannem Borcholt in Commentar. de verb. oblig. c. 5. num. 13. cum seqq. Gæddeum in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 6. conclus. 10. num. 112. cum seqq. & alios, quos laudavimus in d. §. non solum. 4. num. 22. ad finem. supr. de legatis.* Porro quemadmodum quis non recte stipulatur rem, cujus commercium non est, aut cujus commercium non habet: ita quoque inutilis stipulatio est, si quis rem suam dari stipuletur. *d. §. 2. ibi, vel rem suam dari &c. hoc tit. l. nemo, rem. 82. ff. de verb. obligat.* Hujusque manifesta ratio est: quia per stipulationem dandi queritur dominium. *d. l. ubi autem. 75. §. fin. ff. eod.* At quod jam antè meum est, & domini ac proprietatis jure ad me spectat, ampliùs meum fieri, & proprietatis ac domini jure mihi acquiri nequit. *§. sed si rem. 10. supr. de legat. §. sic itaque discretus. 14. infr. de actionib.*

11 In tantum autem stipulatio, in quam res impossibiles, vel commercio hominum exemptæ, vel quæ stipulatoris antea sunt, deducuntur, inutilis judicatur: ut ne postea quidem convalescat, si res promissa eum in statum pervenerit, à quo incipere stipulatio potuisset; puta si res sacra, vel religiosa postmodum fiat profana, publica fiat privata, liber homo fiat servus, vel si res, quæ stipulatoris fuit, ejus esse definat, aut stipulator commercii capax fieri incipiat, *§. idem juris. 2. vers. nec in pendent. hoc tit. nostro. d. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. ubi Bartol. Bald. Ludovicus Roman. Fulgos. Iason. Alciat. Duaren. & Donellus. ff. de verb. obligat.* Ratio, cur stipulatio isthæc protinus inutilis sit, nec convalescat, est perspicua: Tum quia non secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio, *ut ait Vennulejus IG. in l. continuus. 137. §. cum quis. 6. in fine. ff. d. tit. & notat. Giphanius hic in d. vers. nec in pendent. &c.* Tum quia quod ab initio vitiosum est, tractu temporis non convalescit. *l. 1. ff. de reg. Caton. l. quod initio. 29. l. omnia, 14. quæ. 201. & l. quæ ab initio. 210. ff. de reg. jur.* Enimverò rem suam sub conditione quis recte stipulatur, hoc modo: si mea esse defierit. *l. si rem meam. 31. ff. de verb. obligat. l. existimo. 61. ff. de contrah. empt.* Proindeque in hoc stipulatio rei meæ distat à stipulatione rei sacrae, religiosæ, publicæ, aut liberi hominis: quod nimirum stipulatio rei meæ pura non valeat; sub conditione valeat: stipulatio verò rei sacrae, religiosæ, publicæ, vel liberi hominis, nec purè valeat, nec sub conditione. *dict. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. ff. de verb. oblig.* Ratio differentia hæc est: quia neque civile, neque naturale est, casum adversamque fortunam spectari liberi hominis: hoc est; quia ominosum, impium, in-

humanum & invidiosum est, stipulationem concipere eum in finem; ut res sacra seu religiosa profanetur, vel publica efficiatur privata, vel liber homo redigatur in servitutem. *d. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. post medium. ff. de verb. obligat.* At non item turpe vel ominosum est expectare, ut res à dominio meo abeat, & mea esse definat. Siquidem non semper eam mentes res comparatur, ut perpetuò mea maneat. *Borcholt. hic in fine.* Aliam differentia hujus rationem adfert Imperator Justinianus in d. §. *idem juris. 2. vers. at nec statim. hoc tit.* his verbis: *Quæ enim naturæ sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.* Quasi dicat Imp. liberi hominis, rei sacrae, religiosæ & publicæ stipulatio, sive purè facta, sive ita, *cum servus erit, cum profana vel privata erit*, nunquam valet: quia liber homo, res sacra, religiosa & publica sui naturæ sunt extra commercium. At res mea per se extra commercium non est: sed mihi tantum, quamdiu est mea, commercium ejus est interdictum. Unde & Paulus ait: ea duntaxat, quæ naturæ sui possibilita sunt, in obligationem deducuntur. *d. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. 5. vers. si d hac dissimilia sunt. ff. de verb. oblig.* Cæterum ut vulgaris regula est, quod initio vitiosum, postea non convalescat. *d. l. quod initio. 29. & similibus. ff. de reg. jur.* cujus regulæ exempla superius, num. 11. ex d. §. 2. vers. *nec in pendent. hoc tit.* sunt exposita: ita huic contraria est regula: quod initio non vitiosum, si postea in vitium, id est, in eam causam incidat, à quâ incipere nequit, extinguatur & evanescat. *l. existimo. 98. in fine principii. & l. penult. §. etsi. 2. ff. de verbor. obligat. l. pro parte. 11. ff. de servitut. l. 3. §. ult. ff. de his, quæ pro non scriptis habent.* Ejus exemplum affertur in stipulatione *hic in d. §. 2. vers. item contra &c. hoc tit. & d. l. existimo. 98. in princ. ff. de verb. obligat.* Et ratio hujus regulæ evidens est: quia res ob tale vitium dari sive præstari non potest. *l. si stipulor. 35. ff. d. tit. Giphani. hic in d. vers. item contra, &c.* Eamque regulam latius explicuimus ad principium tit. *supr. de hereditatib. quæ ab intest. defer. num. 242. & num. 298. & seq.*

Isti autem regulæ non obstat Pomponii responsum in **18** *l. si grege legato. 22. in fine. ff. de legat. 1.* ubi etsi insula legata combusta est, adeoque ad eum casum res pervenisse videtur, à quo incipere non potest: nihilominus tamen legatum adhuc subsistit, & hætenus valet, ut area saltem vindicari per legatarium possit. *Nam respondetur:* insulâ combustâ, legatum non censeretur in casum incidisse, à quo incipere non potest: cum area, pars insulae principalis & maxima, adhuc supersit. Proinde insula non intelligitur esse extincta, cujus pars præcipua in rerum naturâ esse nondum desit. At prædicta regula eo de casu est accipienda, quo res vel penitus fuit extincta, vel saltem ita sublata, ut pars ejusdem principalis superstes non fuerit. *Atq; hæc responsio clarescit ex l. qui res suas. 98. §. aream. 8. vers. non est his similis. ff. de solutionibus.*

§. Si quis alium. 3.

Si quis alium daturum facturumvè quid promiserit: non obligabitur; veluti, si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.

S U M M A R I A.

- 1 Promissio facti alieni est inutilis: hujusque triplex ratio.
- 2 Culpa est, immiscere se rei aliena.
- 3 Fidejussores quatenus pro alio intercedendo obligentur.
- 4 Consideratio l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de actionibus empti.
- 5 Quibus casibus facti alieni promissio admittatur.
- 6 Si promissor non præstiterit, quod promissit: in id, quod interest stipulatoris, tenebitur.
- 7 An & quatenus per stipulationem Notarii, aliquod jus absenti acquiratur, remissivè.

SI promissor non de se ipso, sed de alio promittat, eum daturum aut facturum, stipulatio inutilis est, *hoc §. nostro.*

- nostro. l. stipulatio ista. 38. in princ. cum §. 1. & l. inter stipulantem. 83. in princ. ff. de verb. obligat.* Ejusque ratio hæc est: tum quia inter stipulantem & promittentem negotium contrahi oportet; & de se quisque, non alio promittere debet. *d. l. 83. in princip. ff. eodem.* Tum quia omnes obligationes ex nostrâ personâ, non alterius, initium ut sumant, necesse est. *l. quacumq. 11. ff. de obligationibus & actionibus.* Tum etiam, quia culpa est, immiscere se rei alienæ, sive ad se non pertinenti. *l. culpa est. 36. ff. de reg. jur. Vide Timaum Fabrum disput. 23. ad Institut. Imperial. th. 7.*
- 3 Cuinon obstat, quod fidejussores pro alio intercedendo videntur promittere; eum, pro quo intercesserunt, daturum aut facturum: & tamen fidejussores obligari, minimè ambigitur. *tot. tit. infr. de fidejussoribus.* Nam responsio facilis est: fidejussores non aliter teneri, aut obligari, quàm si se quid duros, vel facturos promittant. Si quidem reum principalem daturum vel facturum aliquid, frustra promittunt: quia factum alienum inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano *in l. sicut reus. 65. ff. d. fidejussoribus.*
- 4 Similiter non refragatur *l. ex empto. 11. §. qui autem. 18. ff. de actionib. empti.* ex quâ evinci potest; eum, qui generaliter, ab omnibus non fieri, quò minus emptori habere liceat, promittit, non ex suo tantum, suorumque heredum, sed aliorum etiam facto obstringi. *Etenim ad illam legem respondetur: promissionem generalem de omnibus personis factam, ab ea, quâ promissor suam suorumque heredum duntaxat personam obligavit, in hoc differre: ut nimirum illâ promissor ex cujuscunque alterius impedimento adstringatur, per quem fit, quò minus emptori, eidemque stipulatori habere liceat: hac verò promissor pro suo suorumque heredum tantum facto obligetur.* Cæterum, an generaliter de omnibus promittens, pro extraneorum personarum facto ac impedimento semper teneatur, nec ne: in illâ lege non est expressum, aut dispositum. Itaque ex aliis legibus id supplendum est, & cognoscendum; quando promissor etiam nomine aliorum obligetur. Id autem disertè cautum reperitur *in d. l. stipulatio ista. 38. §. 2. ff. de verb. obligat.* ubi Ulpianus tradit: promissorem ex generali istâ promissione ita demum adstringi, si stipulationi pœnam stipulator apposuerit, quam promissor promittat se daturum, si per alios factum erit: secus est, si pœna adjecta non fuerit. Quod igitur ex oppositâ lege inferitur: stipulationem istam etiam ratione extraneorum personarum promissorem obligare: id ex aliis juris locis explicandum est, ut tum procedat, cum stipulator pœnâ apposita factum alienum a promissore fuerit stipulatus. Ad eam namque promissor tenebitur, vel ad id, quod interest. *d. l. stipulatio ista. 38. §. 2. & l. quotiens. 81. ff. d. tit.*
- Præterea quod dictum est, stipulationem illam, quâ promissor alium daturum facturumve promittit, esse invalidam: id non obtinet, ubi quis spondit, se effecturum vel curaturum, ut alius daret, vel faceret, *hoc §. nostro. in fine.* Hujusque ratio est: quia is, qui promittit, se curaturum sive effecturum, ut alius det, vel faciat; non alienum, sed suum factum promississe videtur: adeoque tam suo, quàm heredum suorum nomine obligatur. *l. quotiens quis. 81. in princ. d. l. stipulatio ista. 38. in princip. ff. de verb. obligat. l. si pactum. 9. ff. de probationib. l. veteris. 13. C. de contrah. & commut. stipulatione.* Quare si non præstiterit hîc promissor, quod promissit: in id, quod interest stipulatoris, tenebitur: veluti in aliis faciendi obligationibus. *l. stipulationes non dividuntur. 72. in princip. vers. Celsus tamen. ff. de verb. obligat. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judic. & similib. supra adductis ad princip. tit. de verb. oblig. n. 57. & hic Mynsing. n. 2. cum seq. Schneidervv. not. n. 7. cum seq. & Heigius n. 11. & seq.* Qui & alios casus, quibus facti alieni promissio admittatur, diligenter explicant. Vide eâ de re quoque Bachovium *in not. ad Trentler. vol. 2. disput. 27. th. 2. lit. G. & H. vers. tanta est hujus, & c. pag. 830. & seqq.* Paulum Æmilium Gallum *in tract. de exception. in success. tam ab intestat. quam ex testam. part. 1. tit. 2. except. 4. num. 4. & subseqq. fol. 88. Meichsnerum lib. 1.*

decis. 21. D. Besoldum in delibatis jur. ex l. 43. Pand. question. 8. pag. 170. & Antonium de Gamma Decis. Lusitan. 32. num. 2. fol. 34. Porro an & quatenus per stipulationem Notarii, contractibus adhibitam, aliquod jus absenti acquiratur; post alios, quos recitat, exponit Fachinæus *lib. 8. controvers. jur. cap. 91. & lib. 12. cap. 38. Donellus ad d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. n. 33. ff. de verbor. obligat. Bronchorst. cent. 4. evartio pavov. assert. 46. Hotoman. lib. 4. observat. 25. eosq. citans Henonius disput. 14. controvers. 16.* Quibus ad jiciendus est Hunnius *in resolut. ad Trentler. d. vol. 2. disputat. 27. quest. 23. pag. 97.*

§. Si quis alii. 4.

Si quis alii, quàm ei, cujus juri subiectus sit, stipuletur: nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti, si quis ita stipuletur: *Mihi aut Sejo dare spondes?* ut obligatio quidem stipulatori acquiratur: solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quòd si quis sibi, & alii, cujus juri subiectus non sit, dari decem aureos stipulatus est: valet quidem stipulatio: sed utrùm totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia; dubitatum est? sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo subiectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua, tanquam filii sit; sicuti & filii vox, tanquam tua intelligitur in iis rebus, quæ tibi acquiri possunt.

S U M M A R I A.

- 1 Quatuor stipulationis modi distinguendi.
- 2 Nemo alteri stipulari potest: ejusque duplex ratio.
- 3 Stipulationes cur inventa.
- 4 Verum stipulatio alteri facta jure canonico valeat.
- 5 Non est discrimen inter jus canonicum & civile inducendum, nisi sit expressum.
- 6 Nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu.
- 7 Omni jure fides servanda.
- 8 Pater filio, & dominus servo, & vice versa, stipulari potest: & cur.
- 9 Quod fallit in filio emancipato.
- 10 Differentia inter patrem & filium: ut & inter dominum ac servum.
- 11 Ratio differentia.
- 12 Solutio in tertium sive personam extranei conferri potest.
- 13 Quæ actio adversus tertium istum competat.
- 14 Quare solutio in extraneam personam conferri possit, obligatio non item.
- 15 Qui sibi & alteri dari aliquid stipulatur, dimidiam tantum partem sibi acquirit.
- 16 Vitale per inutile non vitiatur.
- 17 Consideratio *l. stipulatio ista. 38. §. cum, qui 19. ff. de verbor. obligat.*
- 18 Mens & intellectus *l. si quis. 79. ff. de legat. 1.*
- 19 Quid juris, si res in stipulationem deducta, dividi nequeat.

Diligenter sunt distinguendi quatuor stipulationis modi. Primus est, quo quis sibi stipulatur ita: *Mihi centum dare spondes?* Secundus est, quo quis alii stipulatur, hoc pacto: *Titio centum dare spondes?* Tertius est, quo quis sic stipulatur: *Mihi aut Titio centum dare spondes?* Quartus est, quo quis ita stipulatur: *Mihi & Titio dare centum spondes?* Primo modo stipulatio facta quin utilis sit, non est dubium. De reliquis tribus modis quæritur hîc initio & vers. plane solut. & vers. quòd si quis. *hoc §. nostro.* Ex his igitur tribus modis primum ait Imperator, planè esse inutilem, id est, non valere stipulationem, si hoc agatur, ut alteri, quàm stipulanti detur. Ratio hujus assertionis sive regulæ assignatur ab Ulpiano *in l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verbor. obligationib. & à Justiniano Imp. in §. alteri. 18. infr. hoc tit. hisce verbis;*

bis; Quia inventa sunt stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: caterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Addi & hæc poterit ratio: quia ea, quæ sunt juris, & civilia, non acquiruntur alteri, ut est obligatio: naturalia autem, & quæ sunt facti, acquiruntur. l. ea, quæ civiliter. § 3. ff. de acquir. rer. domin. & docet hic Giphani. Sed utrum jure canonico isthæc stipulatio valeat, controversatur? Et eo jure stipulationem alteri factam esse efficacem, tenent Glossa in can. quoties cordis oculus. 8. super verb. & per te caus. 1. q. 7. Anton. Butrius in c. si cautio. 14. de fide instrumentor. Bald. in l. illud. 19. C. de sacrosanct. Eccles. Vasquius de succession. creat. lib. 3. §. 30. num. 4. cum seqq. Didacus Covarruv. inc. quamvis. de pact. lib. 6. part. 2. §. 4. num. 2. & 9. vers. decimo, ut ad propositam, &c. Verum hanc opinionem alii merito rejiciunt, Panormitan. in d. c. si cautio. 14. col. 3. de fide instrument. Ioan. Faber. in d. §. alteri. 18. infr. hoc tit. Imola, Romanus, Alexander, Iason & Alciatus in d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. obligat. eosque laudans Fachinus lib. 3. controversiar. jur. cap. 19. item Emanuel Soarez. in addit. ad Gomez. tom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 11. num. 18. Matthias Stephani cent. 3. quest. 42. Henon. disput. 14. controversi. 15. & Heigins hic num. 4. Primò enim non est inducendum aliquod discrimen inter jus canonicum & civile, nisi expressum sit. c. 1. de novi oper. nunciat. Atqui nullibi jure canonico est expressum, alteri stipulationem factam valere contra juris civilis regulas. Igitur non valet. Secundò, quia jure etiam canonico valet exceptio illa; Tua non interest can. non solent. 27. caus. 2. quest. 7. cap. cum inter. 16. in verb. cum nisi quorum interest; audiri non soleant. ext. de electione, & electi potest. Sed ut alteri detur, stipulantis non interest. d. l. stipulatio ista. 38. §. alteri ff. de verb. obligat. Ergo stipulatio, alteri facta, jure quoque canonico non subsistit. Tertiò huc non parum confert c. quanquam. 2. circa medium de usuris. lib. 6. quatenus ibi requiritur persona publica ad hoc, ut stipulatio alteri fieri queat. Quartò nulla obligatio, ne naturalis quidem, est sine consensu. arg. l. an inutilis. 8. in princ. ff. de acceptilatione. l. 1. §. conventio. 3. vers. adeò autem. ff. de pactis. Sed & quibus in locis dicitur, nullius momenti esse talem stipulationem, aut ex eadem nullam oriri obligationem: iisdem locis & naturalis obligatio haud dubiè excluditur. l. 1. §. quod servus. 3. in fine. ff. de stipulat. servor. l. si ita stipulatus. 176. §. Chrysogonus. 2. vers. respondi. ff. de verb. oblig. Quamobrem & jure canonico nihil firmitatis habere potest talis promissio. Nam & hoc jus naturali obligationi robur addere majus putatur. Talis verò cum hic nulla sit: nulla quoque ad eandem confirmatio ex jure canonico applicari poterit. Et ista de re latius agetur ad d. §. alteri. 18. infra hoc tit.

7 Nec hanc sententiam infringit, quòd jure canonico illa tantum ratio inspiciatur, ut quis fidem servet. Quandoquidem etiam jure civili proditum est, fidem servandam esse. l. 1. in princip. l. juris gentium. 7. §. ait prator. 7. ff. de pact. l. 1. in pr. & l. illud. 25. in princip. ff. de constit. pec. & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioqui si generalis illa regula spectetur, fidem servandam esse: etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solennibus jure necessariis: quòd tamen absurdum est. Fachin. dicto loco.

8 Porro limitatio prædictæ regulæ (quæ habet, neminem alteri stipulari posse) assertur hic in verbis; quæ me, tuius juri subiectus. & in vers. ei verò, qui juri tuo subiectus. &c. ex quibus locis conjunctis elicitur: patrem filio, & dominum servo, ac vice versa, filium patri, & servum domino stipulari posse. Hujusque limitationis ratio hæc est: quia (inquit Imperator) vox tua, tanquam filii est: hoc est, quia pater filio stipulans, sibi ipsi stipulari videtur: cum pater & filius pro unâ eademque persona habeantur. l. ult. C. de impuberum, & alius substitutionibus. Cur verò filius patri, aut servus domino stipulari valeat, præter modò allatam rationem, & hæc adjici potest, quia scilicet hæc liberorum est, & servorum

utilitas: ut per eos dominis ac parentibus acquiratur, horumque conditio melior reddatur, arg. l. melior conditio. 133. ff. de reg. jur. Quod autem hic de filio dicitur: de eo intelligendum est, qui adhuc in sacris seu potestate patris est constitutus. Namque patre stipulante filio emancipato, inutilis est stipulatio: cum filius emancipatus extranei loco habeatur. l. si genero. 26. ubi G. thofred. & Dd. C. de jure dotium. Neque hoc loco ignorandum est differentiam esse inter patrem & filium, ut & inter dominum ac servum. Filius etenim patri (servus item domino) omnia, siue juris sint, ut fundum, rem, &c. siue sint facti; ut ire, agere, domum ædificare, &c. rectè stipulatur. At contra pater ea tantum, quæ sunt juris; filio (ut & dominus servo) rectè stipulatur: quæ facti sunt, non item. l. dominus. 39. & l. quod dicit. 130. ff. de verb. obl. Ratio differentiæ, id est, cur ea, quæ sunt facti, pater filio, dominus servo stipuletur inutiliter, illa est: quia ea, quæ facti sunt, naturalia ac per se subsistentia censentur. Ast in naturalibus dominus & servus, filius & pater non pro eadem personâ, sicut in civilibus, sed pro diversis habentur, ut tradit Giphani. hic in fine, & exquisitiùs Horomanus in fine quest. illustr. in appendice ad 1. frater à fratre. 38. ff. de cond. indeb. pag. mihi. 412. & aliquot. seqq. Vide eâ de re verbosius disputantem Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. quest. 17. cum seq. pag. 84. & seqq. ibique Bachovium in suis not. ad lit. D. pag. 818. & seqq.

Secundus stipulationis modus ex tribus istis supra positus est, quo quis ita stipulatur: Mihi aut Titio centum dare spondes? Quem modum esse utilem, Imp. Justinianus pronunciat hic in vers. planè solutio, &c. hac tamen lege, ut obligatio mihi stipulatori tantum acquiratur; & persona Titii non obligationis, sed solutionis duntaxat causa adjuncta censeatur: hoc est, ut promissor mihi soli sit obligatus, sed solvere etiam Titio, me invito, possit. Promissor igitur, si vult, etiam Titio, solutionis causa adjuncto, solvere potest, & solvendo liberatur; verum cum Titius promissorem compellere nequeat, ut sibi solvat: perspicuum est, ex eâ stipulatione Titio nihil prorsus juris quesitum esse. Etenim tantum facultatem Titio solvendi promissor adeptus est. l. sed & si. 7. §. 1. ff. de constitut. pecun. l. cum quis sibi. 55. l. cum, qui ita. 56. §. qui sibi aut filio. 2. & l. ult. §. cum mihi aut Titio. 5. ff. de verb. oblig. l. quod stipulatus. 10. l. si ita stipulatus. 59. & l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. quesitum. 5. ff. de solutionib. Pecuniâ autem Titio solutâ, ego stipulator adversus Titium mandati actionem habeo. hoc §. vers. sed ille adversus Sejum, &c. Titio enim, solutionis causa adjuncto, tacitè mandasse videor, ut pecuniam à te promissore acciperet. l. Julianus. 131. §. 1. ff. de verbor. obligat. l. qui res suas. 98. §. §. qui stipulat. 5. ff. de sol. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 4. n. 36. & seq. Ratio porro differentia, cur solutio in extraneam personam, puta in Titium vel Sejum, conferri possit, obligatio non item, hæc redditur: quia obligatio est juris, ut ex definitione obligationis liquet, traditâ initio tit. supra de obligationib. solutio verò est facti, l. consilio. 7. §. fin. ff. de curatorib. furioso, & aliis, &c. At jam notissimum est: ea, quæ sunt juris siue civilia, alii per alium, id est, extraneum acquiri non posse: ea, quæ sunt facti siue naturalia, acquiri posse, præallegata l. ea, quæ civiliter. 53. ff. de acquir. rer. domin.

Tertius & ultimus stipulationis modus, qui proponitur hic in vers. quòd si quis sibi, &c. est, quo stipulatio non alternativè, ut priori, sed copulativè concipitur, ita nimirum: Mihi & Titio dare centum spondes? Et quidem utrum hæc stipulatio tota sit utilis; an v. pro parte meâ tantum sit utilis, & pro parte Titii inutilis, valde dubitatum fuisse Imp. Justinianus hic affirmat? Sed tamen ipse Imp. decidit: stipulationem istam respectu mei duntaxat utilem esse, respectu autem Titii inutilem. Idem quoque respondit Pomponius in l. si mihi & Titio. 110. in princip. ff. de verb. obligat. Hujus decisionis ratio hæc probabilis assignari potest: quia hæc verba, Mihi & Titio, à pertè hoc important, & significant: ut dimidium mihi, & dimidium Titio acquiratur. Cum autem ipso jure, quo alteri stipulari non licet, Titio dimidium acquiri non possit: alterum saltem dimidium utile erit, mihi que ac-

16quiretur. Utile enim per inutile vitiari non debet. cap. utile. 38. de reg. jur. in 6. l. i. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. oblig. l. sed et si. 12. ff. de constis. pecun. l. si sponsus. 5. §. 2. ff. de donat. inter vir. & uxor l. sancimus. 34. in princ. & l. seq. §. si autem. C. de donationib. Ex hac igitur stipulatione, *Mihi aut Titio centum dabis.* centum mihi acquiruntur: ex hac vero, *Mihi & Titio centum dabis,* acquiruntur mihi tantum quinquaginta: Sed hæc de extraneo perpetuò sunt accipienda. Aliud enim de filio dicendum est. Nam ex utraque hac stipulatione *Mihi aut filio,* & *Mihi & filio centum dabis,* patri semper centum debentur & acquiruntur. l. eum, qui ita. 56. §. qui sibi aut filio. 2. & ibi Donellus. ff. de verbor. obligat.

17 Porro quòd in hoc §. vers. quod si quis sibi, &c. & d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. de verb. obligat. dicitur; si quis sibi & alii extraneo quantitatem stipuletur: stipulationem hanc in parte duntaxat dimidià, quæ stipulatori debetur, valere: ei non adversatur. l. stipulatio ista. 38. §. eum, qui. 19. ff. d. tit. ubi Ulpianus hæc in verba respondit: *Eum, qui dicat, Mihi decem, & Titio decem: eadem decem, non alia decem dicere, credendum est.* Haud enim inquit Jureconsultus: *eadem decem* debere stipulatori: sed stipulatorem, qui sibi & Titio decem stipulatur, *decem tantum dicere*; hoc est, comprehendere eà stipulatione solum decem. d. l. eum, qui. 56. in princ. ff. eod. quorum decem pars dimidià stipulatori tantummodo debeat: altera dimidià neque stipulatori, neque extraneo illi. d. l. si mihi & Titio. 110. in princ. ff. d. tit. & hoc §. nostro. d. vers. quod si quis sibi, &c.

18 Non item refragatur l. si quis. 79. ff. de legat. 1. ubi Julianus, *Si quis, ait, testamento suo, Titio & Sejo decem dari jusserit: nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem: ut dena dixisse videatur, qui decem dixit.* Quibus verbis perspicue significat Jureconsultus: singulis decem deberi. Etenim distinguendum est inter ultimam voluntatem & stipulationem. Testamento potest quis duobus, etiam absentibus, quippiam relinquere: stipulatione vero non potest quis uni præsentis, alteri absentis extraneo aliquid utiliter promittere, ut ex prædictis constat, & rectè docet. D. Collega Bocer. ad principium tit. supr. de verb. obligat. num. 59. & seq. pag. 230.

19 Illud hic subiiciendum: quòd, si res in stipulationem deducta sit ejusmodi, quæ divisionem non recipiat; ut equus, annulus, patera, &c. non dimidium æstimationis, sed species ipsa tota debeat, argum. l. proprium. 5. ff. communia prædior. l. fundus. 64. ff. de contrahend. empt. & docent Hotomanus hic in §. siue vers. quod si quis. enunciat. 2. circa finem. & Rittershusius hic p. 444.

§. Præterea inutilis. 5.

Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittas? vel contrà: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas: vel contrà: si modò scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione, vel in diem stipulanti, tu respondeas, *præsenti die spondeo.* Nam si hoc solum respondeas, *promitto:* breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse. Neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.

S U M M A R I A.

- 1 Inutilis est stipulatio, si ad interrogata congruenter non respondetur.
- 2 Stipulationis forma in quo consistat.
- 3 Stipulatio sui naturæ stricta est, & angustis limitibus conclusa.
- 4 Conciliatio hujus §. cum l. i. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. oblig.
- 5 Respondetur ad objectionem ex Institutionibus Cuij allatam.
- 6 Cuij & reliquorum veterum Ictorum scripta quatenus allegari queant.
- 7 Explicatur l. si decem. 52. ff. locati.
- 8 Ex separatis nihil rectè inferitur.

9 Ratio diversitatis inter locationem & stipulationem.

10 Stipulatio non semper est gratuita.

11 Accessorium sequitur naturam sui principalis.

12 Stipulatio omnino inutilis est, si mutata qualitate interrogationis respondeatur.

13 Respondens simpliciter; ad omnia, quæ interrogatus est, respondisse intelligitur.

14 Quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita creduntur.

15 Actus sequens, in approbationem præiis gestorum celebratus putatur.

16 An stipulatio impersonaliter concepta valeat.

17 Generalitas responsionis ad interrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocanda.

18 Rescripta ambigua interpretationem recipiunt ex precibus impetrantium antecedentibus.

19 De essentiâ stipulationis quid sit.

20 Quatenus contra stipulatorem vel promissorem interpretanda sit stipulatio.

21 Consideratio auct. si quando C. de constis. pecun. & Nov. 115. cap. 6.

IN hoc §. Imperator agit de stipulatione inutili ob vitium formæ, putà interrogationis & responsionis: exemplisq; quibusdam propositis indicat, inutilem esse stipulationem, si ad interrogata aptè & congruenter, non respondeatur. Interrogatio itaque & responsio inter se convenire debent. l. i. §. si quis simpliciter. 3. & §. seqq. ff. de verbor. obligationibus. Ratio hujus convenientiæ est evidens: tum quia stipulationis forma sive substantia in interrogando & respondendo est posita, ut ex illius definitione, initio tit. supr. de verb. obligat. explicatè elucescit. num. 5. & seqq. Tum quia stipulatio naturâ sui stricta est & angustis limitibus sive formulis conclusa, & ex verbis pendet, ut nihil amplius debeat, quàm quod lingua nuncupatum est. l. quicquid astringenda. 99. ff. de verbor. oblig. Hinc sequitur: eum, qui non idem respondet: sed vel plus, vel minus, ad interrogationem congruenter respondisse non censi. *Exempli gratiâ:* stipulatus sum à te decem aureos: tu quinque promittis. Hic congruenter respondisse non videris: ac proinde stipulatio tota non subsistit, hoc §. nostro. *Tomas Faber disput. 23. ad Instit. Imperial. th. 9.*

Cui vehementer repugnat Ulpianus in l. i. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. ubi, si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; vel contrà, si stipulanti viginti, tu respondeas decem, asserit: utramque stipulationem utilem esse, obligationemque saltem in decem esse contractam. Et subijcit hanc rationem: *quia licet oportet congruere summam: attamen manifestissimum est, viginti & decem inesse.* Ac sane minorem summam semper inesse majori, ex communi & naturali sensu constat. Sed quamvis hanc contrarietatem conciliari nullo pacto posse, opinetur Hotomanus hic enunciat. 2. & alii alias responsiones afferant, Christophorus Portius, Eguinarius Baro, Vuterius, Anton. Matthæus, Marcellus, & Borcholt. in hoc §. nost. Cujacius in d. l. i. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat. eumq; referens Gæddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 4. conclus. 1. n. 64. & seqq. nec non noviter Nicolaus Genoa in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. p. 389. & seqq. qui relatus & improbat aliorum interpretationibus, tandem in fine, more suo subiicit, de verâ conciliatione cogitandum esse: nihil enim solidi se habere, quod in medium afferat: ea tamen solutio valde probabilis, omniumque verissima videtur, quæ dicitur; hunc §. nostrum ita exaudiendum esse, ut hæc stipulatio (*dabis viginti? dabo decem*) rectè inutilis pronuncietur, ad totam scilicet stipulationis conceptionem quod attinet: sed tamen pro parte conservetur, quatenus nimirum responsum est ad decem, quæ in viginti insunt. Quæ distinctio, ut subtilior, hic ab Imperatore prætermissa; ex Pandectis repeti debet, id est, ex d. l. i. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. Id quod & aliis in hisce Institutionum elementis fieri assolet: ut multa in iis leviter & summam attingantur, quorum subtilior ac copiosior distinctio & explanatio ex Pandectis petenda est. Et ita sentiunt Francisc. Duarenus, Alciatus, Donellus, Zasius, & communi propè consensu omnes in d. §. si stipulanti, &c. Wesenbecius, Giphanius, Heigius, & Bachovius

in hoc §. *Vngepaur. Exercitat. Justin. 16. quæst. 6. Arumæus Exercitat. Justin. 13. thes. 5. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 7. & novissimè Petrus Osterman. hic in suis rationalib. pag. 97.* Huicque plane simile est, quod tradit Justinianus Imp. in §. 15. qui exequitur. 8. *infr. de mandato.* Procuratorem sive mandatarium, fines mandati excedentem, non habere actionem mandati Mox siquidem quærit: an possit agere pro parte? Et hoc admittit. Quare illud, non dari actionem mandati ei, qui fines mandati excessit, necesse est ita intelligere, ut eatenus non habeat actionem, quatenus excessit: sed usque ad summam permissam, ac mandato contentam rectè aget, *D. Besold. in delibatis juris ex lib. 43. Pand. q. 8. p. 169.*

5 Similiter nihil negotii facessit, quod Cajus lib. 2. *Institut. tit. 9. de obligationib. §. nem inutilis. vers. vel si creditor, &c.* in hæc verba scribit: *si creditor decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat: hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur.* Non enim dicit Caus, inutilem omnino esse stipulationem: sed ait, integrum debitum *vacillare*; tanquam dubitans, & rem fuisse controversam indicans. *Adhæc Caij, ut & omnium veterum Jurisconsultorum scripta, quatenus in jus nostrum non sunt relata, & à Justiniano approbata, nihil prorsus auctoritatis habent: nec in judicio, nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, allegari aut recipi possunt, per textum expressum in l. 2. §. hæc igitur omnia 19. C. de vet. jur. enucleant.*

7 Præterea nostræ sententiæ, ex Ulpiani responso in d. l. 1. §. 4. *ff. de verb. obligat.* declarata, non adversatur Pomponius in l. si decem. §. 2. *ff. locati* ubi inquit, si decem tibi locum fundum; tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agi: sicque eo casu ne in quinque quidem conductionem valere. Nam dicendum est: Pomponium loqui de locatione; Ulpianum verò de stipulatione: quæ diversa sunt. Est autem velut proverbium juris: ex diversis & separatis nihil rectè inferri. *l. Papi- nianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulant. §. 3. §. sacram. 5. vers. sed hæc dissimilia sunt.*

9 *ff. de verb. obl.* Ratio diversitatis sive differentiae inter locationem & stipulationem hæc est: quia stipulatio est sine onere, & gratuita; locatio non item. Quæ res facit, ut locator totam suam pensionem habere velit. Neque enim facile in minorem summam suo cum damno consentire intelligitur. At stipulatori sufficit ut habeat, quod potest: si non decem, saltem quinque; Etenim qui decem stipulatur, non præsumitur repudiare quinque; si promittantur: nec ita mordicus tenax majoris summae, ut alpernetur minorem, si offeratur, *ut trad. Bald. hic, & Donell. ad d. l. 1. §. stipulant. 4. ff. eod. n. 13.*

10 Neque urget, quod à dissentientibus regeritur: stipulationem non semper esse gratuitam: sed ut plurimum contractui accedere: unde si, *verbi gratia*, locationis causa fiat: idem statuendum fore de illa, quod de locatione in

11 *d. l. si decem. 25. ff. locati.* Namque hoc largiendum est, si negotio ejusmodi stipulatio accedat; quoniam tunc est accellorium; ac proinde sequitur & imitatur naturam sui principalis. *c. accessorium. 42. de reg. jur. in 6. l. nihil dolo, 29. §. 1. & l. cum principalis 178. ff. eodem.* Caterum si per se consistat stipulatio, & donationis causa fiat: tunc necesse est, ut adversarii concedant hoc ipsum, quod volumus. Sed consulatur Hunnius d. lib. 3. tract. 4. quæst. 7. *vers. verum regerunt, &c. ubi id fusius examinat.*

12 Inutilis porro ex omni parte est stipulatio, si mutata qualitate interrogationis respondeatur. *Verbi gratia*: stipulatus sum à te purè, tu mihi sub conditione respondes. Hic enim congruenter ad interrogatum respondisse nullo modo censeris, hoc §. *nost. vers. aut si ille pure, &c.* Unde inquit Ulpian. si quis simpliciter interrogatus, sub conditione responderit, *si illud factum erit, dabo*: non obligari eum constat. Aut si ita interrogatus, *Utra Calendas quintas dabis?* responderit, *dabo idibus*: æquè non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et vice versa, si interrogatus fuerit sub conditione, & responderit purè: dicendum erit, eum non obligari. *l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ibiq. Duaren. & Donell. n. 3. & seqq. ff. de verb. obl.* Talis igitur stipulatio omnino non valet: quia non congruunt ullæ partes interrogationis & responsionis: nec in purâ stipulatione inest conditio, vel contra: quemad-

modum in decem insunt quinque. *Weseneb. hic num. 2. Eaque de re videantur Gædens d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. conclus. 1. cap. 4. num. 37. cum seqq. & Hunnius d. lib. 3. tract. 4. quæst. 5.* Verum enim vero ¹³ si purè, in diem, vel sub conditione roganti, simpliciter quis responderit, *promitto*: breviter videtur purè, vel in eandem diem, vel conditionem spondidisse. Neque enim (*inquit hic Imp.*) necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit. Nam plerun- ¹⁴ que ea, quæ in præfationibus convenisse dicuntur, etiam in sequentibus repetita creduntur: sic tamen, ut ex eâ repetitione inutilis non efficiatur stipulatio. *l. Titia 134. §. idem respondet. 1. ff. de verb. obligat.* Et plerunque ¹⁵ actus sequens in consecutionem & approbationem prius gestorum celebratus intelligitur: & ex contractu præambulo sequens dubius, etiam ex intervallo, interpretationem declarationemque recipit, *sicuti docet Alex. consil. §. 2. incip. circa lib. 4. & consil. 38. lib. 5. Rom. cons. 477. & 478. Cagnol. in l. 2. n. 173. & 198. C. de pact. inter emptorem, &c. & in l. 1. n. 24. ff. de reg. jur. eumq. laudans Heigius hic n. 9.* Eadem de re subtiliter disputat Georgius Frantzkius *exercitat. jurid. 10. quæst. 6. pag. 308. & seqq.*

Illud non inconvenienter hoc loco quæritur: an sti- ¹⁶ pulatio impersonaliter concepta, hoc modo, *dabitur? dabo*: vel vice versa, *dabis? dabitur*, valeat? Et quidem hujusmodi stipulationem non valere, existimant *Barcolus, Iason, Zasius, & ceteri in l. stipulatio ista. 38. §. si quis ita. 10. ff. de verb. oblig. hosq. citans Leopoldus Hackelman. disp. illustr. 22. thes. 5. ad lit. B.* Sed stipulationem istam impersonalem valere atque utilem esse, rectius contendunt *Alciatus lib. 2. parerg. cap. 18. Cujacius, Duaren. & Donell. num. 4. ad l. stipulationum §. 5. stipulatio autem. 1. ff. de verb. obligat. Gædens d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 4. conclus. 3. num. 30. & seqq. Arumæus d. Exercitat. Justin. 13. th. 4. Paul. Berens disput. 10. ad Institut. them. 1. quæst. 3. Knipschildt exercit. Acad. 6. quæst. 10. pag. 225. Bronchorst. cent. 2. évartioπαρίω. assert. 68. edit. 1. Matth. Stephani cent. 3. quæst. 39. & Hunnius d. lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 4. quæst. 12. & in resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2. quæst. 26. pag. 103. ibiq. Bachovius in suis not. ad lit. E. vers. quid de stipulatione. pag. 827. & seqq.* Etenim generalitas responsionis ad in- ¹⁷ terrogationem, & interrogatio generalis ad responsionem revocari debet: ut hæc ex illa, & illa ex hac temperamentum accipiat: cum quisque ad id, de quo interrogatus fuit, respondere præsumatur, *arg. hujus §. nost. & l. si sine interrogatione. 9. §. qui interrogatus. 5. ff. de interrog. in jur. faciend.* Quò facit etiam quòd & rescripta ¹⁸ ambigua interpretationem recipiant ex precibus impetrantium antecedentibus. *l. 1. C. de divers. rescriptis, &c.*

Non obstat, quòd de essentiâ stipulationis sit, ut pro- ¹⁹ missor apertè respondeat ac promittat, *se daturum*: id autem in stipulatione impersonali non accidat: ac proinde ea inutilis censeatur. *d. l. stipulationum. §. 5. §. 1. ibi, daturum, f. daturumve se. ff. de verb. obligat.* Hoc, inquam, non obstat: quia responsionis generalitas (*ut paulò ante dictum*) ad interrogationem revocari, & ex eâ temperari debet, *arg. hujus §.* Quod si sit, & illud *dabitur* ex interrogatione ita declaratur, ut responsio interrogationi congruat: promissor hoc respondisse intelligitur: *dabitur tibi à me.* Itaque persona ipsius promissoris in interrogatione, & persona ipsius stipulatoris in promissione ac responsione subintelligitur, perinde ac si ita essent stipulati: *Dabitur mihi abs te? Dabitur tibi à me. Hunnius d. quæst. 12. vers. non obstat primum, &c.*

Non item refragatur, quòd dicitur, in stipulationibus ²⁰ si quid obscurum aut ambiguum est (prout est in præfati themate verbum *dabitur*: quòd potest sic intelligi, *dabitur tibi à me, & dabitur tibi ab alio quovis*) eam interpretationem sumendam esse, quæ stipulatori noceat: & consequenter ex tali stipulatione nihil deberi. *l. stip. ista 38. §. in stip. 18. ff. de verb. obl.* Nam tum demum contra stipulatorem est stipulatio interpretanda, si isthac interpretatione stipulatio non fiat inutilis. Quòd si per eam interpretatio- nem planè inutilis fiat stipulatio: id observatur potius, ut contra promissorem interpretatio sumatur, quo

res in tuto sit & valeat. *l. quotiens. 80. ff. d. tit. & l. quotiens. 67. ff. de reg. jur.*

21 Similiter non adversatur *Auth. si quando. C. de constit. pecun. & Novell. 115. cap. 6.* ubi Justinianus disertè defini- vit, nullum esse constitutum, si quis ita dixerit: *tibi satis- fiet*, verbo impersonaliter prolato. *Haec enim par ratio est constituti, de quo in dictis locis, & stipulationis.* Con- stitutum siquidem fit ut plurimum nudo pacto, non prae- viâ interrogatione: ideoque impersonalis responsio non eodem modo per interpretationem ad personalem redigi potest. *Alciat. d. lib. 2. parerg. cap. 18. Ea q. de re uberius differtant Donellus ad d. l. 5. §. stipulatio autem. num. 5. ff. de verb. obligat. Gœddens d. c. 4. conclus. 3. num. 33. cum seq. & Hunnius d. q. 12. & 26. vers. ad quartum, & c. usq. ad finem.*

§. Item inutilis. 6.

Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipu- leris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te sti- puletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii. Filii verò familiarum aliis obligari possunt.

S U M M A R I A.

- 1 Neque stipulatio, neque ullus alius contractus inter patrem & filium familias, item dominum & servum celebrari potest.
- 2 Nulla patri cum filio, domino cum servo, vel contrā, est actio.
- 3 Pater & filius pro una eademq. persona habentur.
- 4 Actio & passio in eodem subiecto simul esse nequeunt.
- 5 Servus & filius familias in quo conveniant: item in quo differant.
- 6 Ratio istius differentia.
- 7 Filius familias cum patre de peculio castrensi & q. contrahere potest.
- 8 Servus naturaliter, & ex delictis obligatur.

1 **D**E stipulatione inutili ob vitium formæ dictum est in precedenti §. hic & §§. subseqq. agitur de stipulatione inutili ex defectu causæ efficientis, putà ratione persona- rum contrahentium. Et ait Imperator: inter patrem & filium familias, item dominum & servum, stipulationem contrahi non posse. Ratio est perspicua: quia neq. hic, neque ullus alius contractus inter patrem & filium, domi- num & servum, celebrari potest. *l. 2. ff. de contrah. empt.* eò, quod nulla patri cum filio, domino cum servo, vel con- trà, actio esse potest. *l. lis nulla. 4. ff. de judic. l. actiones. 7. ff. de obligat. & act. Borcholt. in Commentar. de verb. obligat. cap. 3. num. 63.* quod item pater & filius, in potestate con- stitutus, ob jus potestatis patriæ, ut & dominus ac servus, ob jus potestatis dominicæ, pro unâ eademque personâ ha- bentur. *l. ult. C. de impuber. & aliis substitut. & vox patris, vox filii est, & contrā §. si quis alii. 4. vers. ei verò supr. hoc tit. Baptista à Villalob. in thesaur. commun. opin. in add. Fi- chard. num. 38. Gœdd. in Comment. de contrah. & commit. stipulat. cap. 7. conclus. 5. & 6. num. 4. & 68.* Absurdum est, & contra naturam, ut quisquam sibi ipsi obligetur, 4 hoc est, ut unus idemque sit & creditor & debitor. Actio namque & passio, cum sint contraria, in eodem subiecto simul esse nequeunt. *l. prator. 4. ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his; & c. l. ult. ff. de offic. pratorum. l. Granius Anto- ninus. 71. ff. de fidejussorib. l. debitori. 7. C. de pact. Iason in l. cum filio familias. 11. num. 15. & 16. ff. de legat. 1.* Servus igitur & filius familias in eo similes sunt & conveniunt: quod neuter, id est, nec filius patri, nec servus domino ob- ligari, aut contrā filius vel servus patrem & dominum sibi obligare possit. In eo autem dissimiles sunt & differunt: quod servus non solum domino suo obligari non possit, sed ne quidem ulli alii: filius verò familias patri tantum obligari nequeat: sed aliis obligari queat ex omni con- tractu, hoc §. nostro. in l. sine l. filius familias. 39. & l. obligari. 43. ff. de oblig. & actionib. excepto mutuo propter senatus- consultum Macedonianum, de quo in §. illud. 7. infra, tit. 6 Quod cum eo, qui in aliena potest. est, negoc. gest. esse dicit. Ratio differentia istius hæc est: quia obligatio est vinculum juris civilis, initio. tit. supr. de obligationib. cujus juris filius- familias, utpote liber homo & civis Romanus, capax

est: servus non item: cum is, ad jus civile quod attinet, pro nullo habeatur. *l. qui testamento. 20. §. servus. 7. ff. qui testam. fac. poss. l. servi. 14. ff. de obligat. & actio- nibus. l. quod attinet 32. ff. de reg. jur. & expositum su- præ ad principium tit. de stipulat. servor.* Quinimo filius- familias etiam cum patre contrahere potest de peculio castrensi & quasi castrensi: cum hujus ratione, vice patris fa- milias fungatur. *d. l. 2. in princ. ff. de contrah. empt. d. l. 4. in fine. ff. de judic. & l. 2. ff. ad senatusconsult. Macedon. Rittershus. hic sub fine. pag. 445.* Enimverò naturaliter 8 servum ex contractu & obligari & obligare, palam est. *d. l. servi. 14. ff. de oblig. & actionib.* quia jure naturali omnes homines sunt æquales *d. l. quod attinet. 32. in fine. ff. de reg. jur.* Ex delictis quoque, cum ea naturalia sint, servum obligari constat *ex d. l. servi. 14. ff. de obligat. & actionibus.* Tametsi poenæ quædam delictorum in servum non cadant: ut multa, deportatio, relegatio, &c. quia servus neque pe- cuniam habet, neque statum aut civitatem, quam illis poe- nis amittere possit. *l. ult. ff. de capit. minut. & notavit Gi- phanius hic in fine.*

§. Mutum. 7.

Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam est. Quod & in surdo receptum est: quia & is, qui stipulatur, verba promitten- tis, & is, qui promittit, verba stipulantis audi- re debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit; sed de eo, qui omnino non audit.

S U M M A R I A.

- 1 Mutus & surdus stipulationis contractum inire nequeunt: & quasi ratio.
- 2 Idque ampliatur, ut ne scripturâ quidem inter illos stipulatio contrahi possit.
- 3 Forma cujusque rei ad unguem servanda.
- 4 Solennis stipulationis forma in quo consistat.
- 5 Mens & intellectus l. miles. 75. in princ. ff. de legat. 2.
- 6 Mens & intellectus l. non figurâ. 38. ff. de obligationibus & actionib.
- 7 Alia ampliatio.
- 8 Aliud est sonus: aliud, vox articulata.
- 9 Mutus & surdus quomodo per servos stipulari queant, ve- missivè.
- 10 Num infans per servum stipulationem contrahere possit.
- 11 Infans nullum intellectum habet.
- 12 Explicatio & interpretatio l. 1. in princip. ff. de verbor. obliga- tionibus.
- 13 Infans non magis velle creditur, quam furiosus.
- 14 Consideratio l. 2. & 6. ff. rem pupilli salv. fore.
- 15 Infanti magis favetur in propria substantiâ conservanda, quam in aliena quarenda.
- 16 Servus ignorantis & invito domino acquirit.

AIt Imperator Justinianus: neque mutum, neque sur- dum stipulationis contractum inire & conficere pos- se. Idem ait Ulpianus in l. 1. in princip. ff. de verbor. obligationib. & Cajus in l. 1. §. penult. & ult. ff. de obligat. & actionib. Ratio non obscura est: quia stipulatio est conceptio verborum, quibus is, qui interrogatus est, da- turum facturumvè se, quod interrogatus est, respondet, *l. stipulationum. 5. §. 1. ff. de verbor. obligat.* & sic ad stipula- tionis substantiam præcisè verba tam respondentis, quam interrogantis requiruntur. *l. 1. §. verbis. 7. & l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. si quis ita. 2. vers. contra sine verbis ff. de verbor. obligationibus.* At verò mutus verba eloqui non potest: ac proinde nec in- terrogare, nec respondere poterit. Surdus autem licet eloqui verba possit: illa tamen non exaudit; ut sic nec congruenter respondere, nec an sibi congruenter respon- sum sit, scire possit. *d. l. 1. §. ult. ff. de obligation. & actionib. Anton. Pichard. hic num. 7.* Idque adeo verum est: ut ne 2 scripturâ quidem inter istas personas stipulatio contrahi queat; putà si surdus, vel mutus stipulandi animo lite- ras alicui offerat, quibus scripsit, se rogare eum, ut de- cem dare vellet. Hoc casu etiam si alter verbis expressis 3

- ad literas respondeat, se daturum esse: obligatio tamen contracta non intelligitur. Forma siquidem cuiusque rei solennis ad unguem & præfractè servari debet. *arg. l. cum hi. 8. §. si prator. 17. ff. de transactionib. l. nec ex pratorio. 17. ff. de reg. jur. l. certa forma. 4. C. de jure fisci.* Solennis autem stipulationis forma in eo maxime consistit; ut verba tam ex parte interrogantis, quam respondentis, ore & lingua nuncupentur, non ut scribantur. *d. l. 1. ff. de verb. obligat. & similibus.*
- 5 Cui non obstat *l. miles. 75. in princip. ff. de legatis. 2.* ex quâ patet, quod scriptura sermoni æquiparatur. Nam hoc in iis solummodo, in quibus verba lingua figurata & palam prolata pro solenni formâ non requiruntur, locum habere potest: in aliis non item. Sic quoque non resistit *l. non figurâ. 38. ff. de oblig. & act.* ubi dicitur; non minus valere, quod scripturâ, quam quod vocibus lingua figuratis significatur. Ea enim lex ad reliquos duntaxat contractus, qui ad sui perfectionem verba ore prolata non exigunt, pertinere videtur, ut ostensum supra ad principium tit. de verb. obligat. n. 46. vel si omnino ad stipulationem etiam referenda est: ad eam profectò tantum ut pertineat, necesse est: quæ posteaquam lingua est nuncupata; in tabulas relata & perscripta est, ut scitè tradit Hotomanus hic enunciat. 4. in fine. & latius declarat Ant. Hering. in tr. de fidejuss. c. 7. num. 143. & seqq. Præterea surdus stipulationem adeò contrahere non potest: ut licet tanto sit acumine præditus, ut ex motu labiorum illius, qui loquitur & promittit, sententiam intelligere possit: tamen nihil agere censeatur. Hujusque ratio non difficilis est: quia ad substantiam stipulationis desideratur; ut ex auditu verborum contrahentes se invicem intelligant. *d. l. 1. in princip. ibi. quoniam exaudire invicem debent. ff. de verb. obligat. & d. l. 1. §. ult. ibi. debet exaudire verba promittentis. ff. de obligat. & actionib.* Quinimo etiam si surdus stipulans sonum verborum, sed sine sensu, exaudiat: mentemque loquentis ac promittentis ex ejusdem labiorum motu percipiat: similiter tamen stipulationem non valere, certum est. Si quidem in *d. l. 1. §. fin. ff. de obligat. & action. & in hoc §. nostro* disertè docetur, quod stipulator verba respondentis exaudire debeat. Verba autem non exaudit, qui sonum tantum, & non sensum eorum auribus percipit. Aliud quippe est sonus: aliud verba, & vox articulata. *l. Labeo. 7. §. ult. ff. de supellectile legat.* Atque hanc sententiam eleganter, contra Bartol. & alios, defendit Carolus Molinæus in *d. l. 1. §. eadem. 6. num. 3. & 4. ff. de verb. obligat.* Cæterum si mutus & surdus omnino stipulari velint, quomodo id per servos suos præsentem facere valeant, indicat Ulpianus in sape allegata. *l. 1. in pr. vers. si quis igitur. ibi. Dd. ff. eod. & Petrus Heigius in hoc §. nostro num. 2. & 3.* Porro in dubium à quibusdam revocari solet: num, quemadmodum mutus & surdus; ita & infans per servum præsentem contrahere possit stipulationem? Sed quod non possit, evidens suadet ratio: quia infans nullum intellectum aut consensum habet. *§. sed quod diximus. 10. infr. hoc tit.* Stipulatio autem sine consensu mutuo non perficitur. *l. in omnibus rebus. §. ff. de obligationib. & actionib.*
- 12 Nec obstat huic sententiæ *d. l. 1. in princip. ff. de verb. obl.* ubi postquam Jurisconsultus dixit; mutum, surdum & infantem stipulationem contrahere non posse; generaliter subjicit: *Si quis igitur ex his vult stipulari: per servum præsentem stipuletur; & acquirat ei ex stipulatu actionem.* Quibus verbis etiam infantem comprehendi, dubium non esse videtur. Non, inquam, lex illa obstat. Quamvis enim verba dicti vers. si quis igitur, &c. generalia sint: haud tamen generaliter accipi, sed ad habile subjectum referri restringique debent. Atqui propter rationem supra allatam non possunt ad infantem accommodari. Igitur ad mutum & surdum debent restringi. Præterea observandum est: quod verba dicta *l. 1.* non planè sint generalia. Nam etsi Ulpianus ait: *si quis igitur, &c.* hisque verbis omnes, de quibus prius locutus erat, complecti videtur: utitur tamen verbo *vult*: quod utique infanti minimè convenit, cum is non magis velle credatur, quam furiosus. *d. §. sed quod diximus. 10. infr. hoc tit. l. infans. 12. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*
- 14 Neque refragatur *l. 2. & l. servum. 6. ff. rem pupilli vel adolesc. salv. fore.* ubi disertè dicitur, infantem per ser-

vum stipulari posse. Etenim primò Accursius, Bartolus, & Jason respondent: quod infans per servum stipulari possit, id speciale esse in istâ stipulatione, rem pupilli salvam fore: & ideò ad cæteras stipulationes idem extendendum non esse, *arg. l. quod verò contra. 12. & seqq. ff. de legib. &c.* Hujusque specialitatis ratio hæc assignatur: quod magis faveatur infanti in propriâ substantiâ conservandâ, quam in alienâ quarendâ, *arg. l. si in emptionem. 35. ff. de minorib. & l. lex qua. 72. C. de administrat. tutor. &c.* Deinde Donellus & Giphanius in *d. l. 1. ff. de verb. obligat.* respondent: objectas duas leges non loqui de infante, per servum stipulante: sed de servo, infanti stipulante. Licet enim infans per servum stipulari nequeat: servus tamen infantis stipulari potest infanti, & stipulando acquirere: quoniam cum servus possit ignorantem & invito domino stipulari, & ex stipulatione acquirere. *§. item vobis. 3. supr. per quas person. cuiq. acquirit.* idcirco infanti quoque stipulari poterit. *§. sui autem 3. supr. de hereditat. qua ab intestat. defer.* Et hanc responsionem (repu- diatâ Corasii ad *d. l. 1. num. 17. cum seqq. ff. de verb. obligat.* & Gæddei in *Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 12.* solutione) probat Hunnius in *resolut. ad Treutler. vol. 2. diss. 27. th. 2. vers. Donellus igitur, &c. p. 84.* ibique videatur quoque Bachovius in *suis not. ad lit. B. & C. pag. 816. & seqq.*

§. Furiosus. 8.

Furiosus nullum negotium gerere potest: quia non intelligit, quod agit.

S U M M A R I A.

- 1 Furiosi, cæterique mente capti, neque stipulari, neque promittere possunt.
- 2 Furiosus in quo differat à muto & surdo.
- 3 Furiosus, intervalla furoris habens, quatenus rectè stipuletur.
- 4 Unde cognoscendum, utrum actus à furioso gestus, tempore intermissionis furoris sit factus.
- 5 Prodigus stipulando quidem sibi acquirit: sed promittendo non obligatur.
- 6 Prodigus neque modum, neque finem expensarum habet: ac proinde parum à furioso distat.
- 7 Cur furiosus ne quidem stipulando sibi acquirat: prodigus verò stipulando alium sibi obliget.
- 8 Num prodigo bonis interdiciatur ipso jure, an à magistratu, remissivè.

Furiosi, cæterique mente capti, amentes & dementes, neque stipulari, neque promittere jure queunt, hoc *§. nostro. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. & actionib. l. ason. & Decius ad l. furiosum. 9. C. qui testament. fac. poss. l. iacob. Philip. Portius commun. conclus. regul. 34. lib. 1. Menoch. consil. 82. num. 190. cum seqq. hosque referens Gæddeus in Commentar. de contrah. & committend. stipulat. c. 7. conclus. 9. n. 92. & multis seqq. ubi de furore, dementia, amentia, & similibus morbis latissime differit.* Imò furiosus nullum negotium gerere, aut contrahere potest, auctore Justiniano hic, & Ulpiano in *l. in negociis. 5. vers. nam furiosus. ff. de reg. jur.* In quo differt à surdo & muto. Hi enim omnes contractus & actus, in quibus verba solennia non sunt necessaria, celebrare & peragere possunt, ut emere, donare, &c. *l. qui id, quod. 33. §. mutus. 1. ff. de donationib. l. in quibuscunque. 48. ff. de obligat. & actionib.* At furiosus nullum contractum celebrare, nullum negotium gerere potest, *d. l. in negociis. 5. ff. de reg. jur.* Ratio manifesta est: quia furiosus non intelligit, quod agit. *per hunc §. nostrum.* Et in eo animus deest, *l. 2. in fin. ff. de procuratoribus.* menteq; caret. *§. 1. vers. item furiosi, supra, quibus non est permiss. fac. testament.* Et, ut ait Pomponius, quia furiosi nulla est voluntas, aut consensus. *l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* In omni autem contractu, adeoque etiam in stipulatione, voluntas & consensus requiritur. *l. 1. §. 2. ff. de pactis. l. continuus. 137. §. 2. ff. de verb. obligat. l. in omnibus rebus. §. 5. & l. in omnibus negociis. 57. ff. de obligationibus & actionibus.* Planè si furiosus intervalla furoris sive insanie habeat: eo tempore, quo

- quo furor ipsius intermissus est, rectè stipulabitur. Nam etiam, cum per id tempus, quo furor ejus intermissus est, testamentum facit, jure testatus esse videtur. *d. §. 1. vers.*
- 4 *furiosi autem supra, quibus non est permiss. fac. testam.* Et cum dubitatur: utrum actus, à furioso gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris: inspicendum erit, utrum actus ille more sapientis gestus fuerit, an non. Priori casu præsumitur: furiosum eo tempore, quo actus factus est, non fuisse furiosum: posteriori secus erit, *arg. l. his, qui. 12. §. 1. & 2. ff. de tutor. & curatorib. datis ab his, &c. Bald in d. l. furios. 9. C. qui testam. fac. poss. Thomas Grammat. consil. 128. num. 25. & decisio. Neapolitan. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil. singul. 380. Hucq. referri poterunt, quæ annotavimus ad d. §. 1. n. 13. sup. quib.*
- 5 *non est permiss. fac. testam.* Hinc Hostienis, Joan. Andrea, & Panormitan. in cap. ad audientiam nostram. 3. ext. de consuetud. tradiderunt: valuisse sententiam fatui Parisiensis contra tabernarium, petentem pecuniam à quodam paupere, qui comederat panem ad odorem carniū tabernarii.
- 6 Fatuus namque pronunciavit: solvi debere tabernario, tinnitu numismatis. *Illos citat & sequitur Ioannes Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 51.* Porro ad prodigum quod attinet: eum stipulando quidem sibi acquirere; promittendo verò non obligari, plusquam evidens est. *l. is, cui. 6. ff. de verb. oblig. d. l. furiosi. 40. ibiq. Dd. ff. de reg. jur.* Etenim cum prodigo neq; modum, neq; finem habeat expensarum. *l. 1. ff. de curatorib. furioso, & aliis extraminor. dand. parum quoad usum recti iudicii & rationis à furioso distat. d. l. his, qui. 12. ff. de tutorib. & curator. datis, &c. l. Fulcinius 7. §. adeo. vers. idemq. in prodigo. ff. quib. ex caus. in possess. eat. d. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* In furioso quidem sive mente capto, mentis vel depravatio, vel imbecillitas, atque ita morbus aut symptoma animi in causa est, cur non sapiat. Ast in prodigo etsi mentis sanitas est: morum tamen depravatio corrumpit hujus sanitatis usum, ut instar ejus sit, cui ipsa mentis functio vel corrupta est, vel infirma. Ideoque ex eo tum similitudo, tum dissimilitudo utriusque
- 7 per se liquet. Nec mirum est, cur furiosus, ne quidem stipulando, sibi acquirat: cum nesciat, quid agat, quidvè loquatur: prodigus verò stipulando alium sibi obliget. Si quidem rem meliorem faciendo non abutitur, nec depravatè utitur mentis iudicio: & in eo instar est pupilli, qui cum & ipse alicujus sit iudicii, licet imperfectioris: in eo, quod benè & in suam utilitatem agit, rectè egisse censetur. *l. certi. 9. §. sed etsi. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. & constat ex §. proximè seq. Gæddens præallegato cap. 7. conclus. 10.*
- 8 *n. 121. & seqq.* Cæterum utrum bonis interdicator prodigo ipso jure, an à Magistratu, discussum est ad §. furiosi. 3. sup. de curatorib. num. 7. & aliquot sequentibus.

§. Pupillus. 9. & §. sed quod diximus. 10.

Pupillus omne negotium rectè gerit: ita tamen, ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur. Nam alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate potest.

§. 10. Sed quod diximus de pupillis: utiq; de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantia proximus est, non multum à furioso distat: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantia, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est: ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.

S U M M A R I A.

- 1 Pupillus quatenus omne negotium rectè gerat.
- 2 Verba generalia de idoneis subiectis accipienda.
- 3 Pupillus matrimonium contrahere, aut testamentū facere nequit.

- 4 In quibus causis pupillo sit necessaria tutoris auctoritas.
- 5 Tres ætatis pupillaris gradus.
- 6 Magna inter illos gradus differentia.
- 7 Infans neque stipulari, neque promittere potest, etiam tutore auctore: etiam si utilitatis causa possessionem sine tutore acquirere queat.
- 8 Explicatio & intellectus l. pupillus. 9. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. in negociis. 5. ff. de reg. iur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.
- 9 Pupillus infans ne quidem naturaliter obligatur.
- 10 Mens & sententia l. 1. in fin. ff. de novationib. l. si eius 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. & similia.
- 11 Pupillus infantia proximus an & quatenus obligetur.
- 12 Pupillus pubertati proximus quatenus rectè obligetur.
- 13 An pupillus iste, si non civiliter, saltem naturaliter obligari possit.
- 14 Sensus l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & l. pupillus. 59. ff. de oblig. & actionib.
- 15 Differentia inter impuberem sui iuris & sub tutore, & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis.
- 16 Vera differentia illius ratio.
- 17 Alia inter patrem & tutorem discriminis ratio.

PUPILLUS non solum stipulari; sed & omne negotium (quod quidem in hanc ætatem cadit. Verba namque generalia de idoneis subiectis sunt accipienda, monente hîc Wesenbecio num. 1. Non igitur conjugium contrahere, non testamentum facere, ne tutore quidem auctore potest, per princip. tit. sup. de nupt. & §. prater ea. 1. sup. quibus non est permiss. fac. testament.) rectè gerere potest, hoc §. & l. in negociis. 5. ff. de reg. jur. Ejusque ratio est: quia pupillus aliquem intellectum & consensum habet. §. sed quod diximus. 10. hoc tit. l. 1. §. hoc edito. 6. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. est Philipp. Matthæus ad d. l. in negociis. §. num. 5. ff. de reg. jur. Quod tamen primò ita accipiendum est, ut tutoris auctoritas adhibeatur, ubi necesse est, hoc §. nostro 9. Deinde ut intelligatur de pupillo non infante, sed majore, sive pubertati proximo, ut hîc in d. §. 10. Quamobrem hoc in articulo & negotiorum & ætatis ratio habenda est. Nam in quibusdam causis sive negociis, quæ à pupillo geruntur auctoritas tutoris necessaria est: in quibusdam non est necessaria. Et sanè pro regulâ observandum est: in iis causis eam esse necessariam, in quibus pupilli conditio deterior fiat; in quibus verò melior, non esse necessariam, initio tit. sup. de auctorit. tutor. §. nunc admonendi. 2. sup. quib. alienare licet, vel non. l. contra juris. 28. ff. de pact. l. obligari. 9. ff. de auctorit. tut. l. pupillus. 11. ff. de acquir. rer. domin. Rationem hujus regulæ esse favorem pupilli & infirmæ ætatis, docuimus sup. ad d. init. tit. de auctorit. tutor. n. 3. Ad ætatem autem pupillarem quod attinet: ejus tres hoc loco constituuntur gradus: pupillus infans, pupillus infantia proximus, & pupillus pubertati proximus. De quibus latè expositum est supra d. init. dicti modò tituli. n. 9. & aliquot sequentibus. De iisdem videatur quoque Hunnius lib. 1. variar. resol. jur. civ. tractat. 4. quæst. 16. & Paulus Zacchias lib. 1. questionum medico-legalium. tit. 1. quæst. 1. & seqq. Cæterum inter hos pupillaris ætatis gradus ingens est differentia. Etenim pupillus pubertati proximus omne negotium rectè gerit, ut Justinianus hîc loquitur: reliqui duo non item. Ex quibus tamen duobus pupillus infantia proximus idem potest, quod pubertati proximus: sed hic cum jam habeat aliquem intellectum, potest ipso jure: ille verò quia non multo plus intelligit, quam infans, non ipso jure potest: sed ex æquitate sive utilitate. Unde ait Imperator hîc in §. 10. vers. sed in proximis, &c. propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est. Et Cajus inquit: infantem stipulari non posse, majorem infante posse, etiam si ejus ætatis sit, ut non intelligat, quid agat: idque propter utilitatem receptum est. l. servum. 6. ff. rem pupilli salv. fore. Et Paulus dicit: id favorabiliter ejusmodi personis præstari. l. pupillus. 9. in fin. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Etsi porro infans, ut jam monitum, nihil possit; adeoque ne quidem tutoris auctoritate interveniente stipulari, vel promittere valeat: cum stipulatio verba congrua ab ipsis contrahentibus requirat. l. 1. in pr. & §. eadem. 6. vers. dummodo congruenter. & l. mulier. 70. ff. de verb. obligat. tamen utilitatis causa & hoc receptum videtur; ut hodie possessionem etiam sine tutoris

auctoritate infans acquirere possit. *l. quamvis* 32. §. infans. 2. ff. de acquir. vel amitt. possess. junctâ *l. 3. C. de acquir. & retinenda possess.* Quod autem pupillus infans, etiam tutore auctore, negocia gerere, sive se obligando, sive ab alio stipulando, nequeat: non tantum evinci potest *ex d. §. sed quod diximus. 10. vers. nam infans. hoc tit.* verum etiam *ex l. 1. §. 2. in fine ff. de administrat. & peric. tutor.* ubi Ulpianus ita scribit: *pro his, qui fari non possunt, ipsi tutores judicium suscipiant: pro his autem, qui supra septimum annum ætatis sunt, auctoritatem præstent.* Ex quibus verbis intelligitur: eos, qui septimum annum nondum exceperunt, quos infantes dicimus, per se judicium suscipere, aliudve negotium gerere, etiam accedente tutorum auctoritate, non posse: sed ipsos tutores nomine illorum id facere debere.

8 Huic sententiæ non refragatur *d. l. pupillus. 9. ff. de acq. vel omitt. heredit. dict. l. in negociis. §. ff. de reg. jur. & l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* in quibus legibus, & nonnullis aliis dicitur: pupillum, si fari possit, tutore auctore & stipulari & promittere posse, etiam si non intelligat, quid agat: idque benignius receptum esse. Jamverò cum rarissimè contingat, ut non ante septimum ætatis annum impubes loqui queat: inde effici videtur, ut etiam ante eam ætatem rectè stipulari & promittere possit. Non, *inquam*, hæc leges refragantur. Nam in iis nequaquam affirmatur: pupillum, si fari possit, obligari; sive septennio major sit, sive minor: sed hoc tantum astruitur; pupillum, qui fari potest, ad contractus ineundos adhibita tutoris auctoritate esse idoneum. Ex aliis autem legibus addendum est: præter sermonis facultatem etiam hoc requiri, ut septimum ætatis annum pupillus superaverit. *d. l. 1. §. 2. ff. de administrat. & peric. tutor. & d. §. sed quod diximus. 10. hoc tit.* Et quidem adeò pupillus infans frustra promittit, ut ne quidem naturaliter ex suâ promissione obligetur: propterea quòd naturalem obligationem consensus, quantumvis nudus, pariat. *l. 1. §. 3. ff. de pact. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib. Schneidevvin. ad principium tit. supr. de auctoritat. tutor. num. 11.* Atqui infans naturâ consensum aut intellectum non habet. *d. §. sed quod diximus. 10. hoc tit.*

10 Nec huic adversatur *l. 1. in fine. ff. de novationibus. l. si ejus pupilli. 64. in princ. ff. ad SC. Trebellian. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. l. si pupillus 21. in princ. ff. ad l. Falc. & simil.* in quibus generaliter traditum est: pupillum sine tutoris auctoritate promittendo, naturaliter obligari. *Istas namq. leges omnes de pupillo pubertati proximo, qui consensu & intellectu non destituitur, accipiendas esse, subjecta earum materia suadet.* In quibus cum de negociis gerendis agatur: utique is pupillus intelligi debet, in quem naturâ id, de quo agitur, cadere possit.

11 Pupillus autem infantia proximus licet à furioso non multum distet, teste Iustiano hic in *d. §. 10.* ex benignitate tamen & humanitate, sive potius utilitate (*uti dictum supra num. 6.*) receptum est, ut alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate possit: ipse verò non aliter, nisi cum tutoris auctoritate obligetur. Quod usque adeò verum est: ut non modò non civiliter, sed ne naturaliter quidem obligari promittendo queat. *l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. l. pupillus 59. ff. de obligationibus & actionibus.* Equè enim ac infans consensu atque intellectu careere existimatur. *d. §. 10. vers. nam infans &c.* Nam quod solus, etiam citra auctoritatem tutoris, rectè stipulari, sibi que alium obligare potest: id ei non propter consensum, quem non habet, sed propter utilitatem permissum est: ac proinde ad obligationem naturalem, in ipsius personam introducendam, extendi non debet, nec potest,

12 sæpe allegato *§. sed quod diximus, 10. hoc tit.* Pupillus quoque pubertati proximus, cum non tantum quid loquatur, sed & quid agat, intelligat; quin sine tutore auctore rectè stipuletur, nullum est dubium: si verò ipse quid promittat, haud obligatur, *hoc §. nostro.* Obligationem autem civilem intelligimus. Neque enim pupillus, pubertati proximus, civiliter obligatur, nisi quatenus factus est locupletior. Hoc siquidem casu ex rescripto Divi Pii, non tam propter consensum, convenitur; quam propterea, quòd cum alterius detrimento locupletior factus est *l. 3.*

§. pupillus sanè. 4. ff. de negot. gest. l. 3. in princ. ff. commodati. l. 1. in fine principii. & l. pupillus §. in princ. ff. de auctoritat. tutor.

Porro cum pupillus iste, quotiens sine tutoris auctori-¹³ tate promittit, nec locupletior fit, civiliter nunquam obligetur: convenienter quæri potest, an saltem obligetur naturaliter? Et eum naturaliter obligari, apertè constat *ex d. l. 1. in fine ff. de novationib. d. l. cum illud. 25. §. 1. ff. quando dies legator. cedat. d. l. si pupillus. 21. in princ. ff. ad leg. Falcid. l. ult. ff. de jurejur. l. si pupillus. 127. ff. de verb. oblig. l. in numerationibus. 44. ff. de solutionibus & l. si ejus pupilli 64. in princ. ad senatusconsult. Trebell.* Nec his¹⁴ legibus obstat *d. l. quod pupillus. 41. ff. de condict. indebit. & d. l. pupillus. 59. ff. de obligat. & actionib.* in quibus pupillum naturaliter obligari, perspicuè negatur. Nam jam supra num. 11. monuimus: has leges non de pupillo pubertati, sed de pupillo infantia proximo exaudiendas esse. Hi enim pupilli licet etiam sine tutoris auctoritate suum incommodum rectè contrahant: cum tamen plenum fir-
mumque intellectum non habeant, sine tutore naturaliter obligari nequeunt, *d. §. sed quod diximus 10. hoc tit. d. l. 1. §. huic proximus. 13. ff. de obligat. & actionib.* Verum ea de re alii aliter dissertant. Donellus ad *d. l. si pupillus. 127. num. 4. cum seqq. ff. de verb. oblig. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 7. conclus. 12. num. 212. cum multis seqq. Hunnius d. lib. 1. var. resolut. jur. civil. tractat. 4. quest. 17. & seq. nec non cateri, quos recensuimus supra ad princip. tit. de auctorit. tutor. n. 30.* Quibus adjiciendus est Nicolaus Genoa in conciliat. leg. in jure civ. contrariar. pag. 211. & seqq. ubi & plures alios refert.

Tandem in fine dicti *§. sed quod diximus. 10. hoc tit. in-¹⁵* dicatur differentia inter impuberem sui juris & sub tutore (qui propriè dicitur pupillus. *l. pupillus. 239. ff. de verbor. signification.* Quamvis etiam interdum pupillus appelletur, qui impubes est, & in potestate patris existit, *ut in d. §. 10. in fin. & l. ult. §. 2. ff. de verb. obligat.*) & inter eum, qui adhuc est in potestate parentis: quòd ille tutore auctore obligetur: hic verò parente auctore non obligetur. Differentia hujus ratio à plerisque Interpretibus hæc assignatur: quòd patris auctoritas non præstet rem pupilli salvam, ut tutoris. Tutor enim pupillo tenetur ex illâ cautione, *rem pupilli salvam fore*: & quidem tenetur actione tutelæ: filius verò adversus patrem nullam actionem ob rem malè gestam habet. *tot. tit. ff. de tutela. & rationib. distrahend. l. lis nulla. 4. ff. de judicis. l. ult. §. si autem ex alienum. 4. vers. paternæ reverentia. C. de bonis, quæ liberis. &c. Wesenbec. hic num. 4. Hotoman. enunciat. 6. Giphani. in fine. & Borcholt. num. 9.* Sed hæc ratio vix, ac ne vix quidem subsistere videtur: cum perabsurdum sit quærere de illa cautione, *rem pupilli salvam fore*, ubi reverâ non est pupillus, putà cum est in potestate. *d. l. pupillus. 139. in princ. ff. de verb. signific.* Itaque ratio discriminis, cur (*in-¹⁶* quam) tutore auctore, non item auctore patre pupillus obligetur, hæc fortassis erit verisimilior: quia nisi pupillus tutore auctore obligaretur, nemo cum eo contrahere vellet: & proinde ei velut commercio esset interdictum, *arg. l. illud quaritur. 4. in fin. ff. de evictionib.* Quod in eo, qui¹⁷ in potestate parentis est, in considerationem non venit. Is etenim non sibi ipsi, sed patri contrahere & acquirere intelligitur, *ut dictum in §. 1. supr. de stipulat. servor. & in §. item inutilis. 6. supra hoc tit.* Quin & illa discriminis ratio inter patrem & tutorem non obscura est: quòd non pertineat ad obligationes contrahendas patris potestas, sicut tutoris auctoritas, tradente Balduino hic, *enimq. referente Rittershusio, pag. 447.*

§. Si impossibilis. 11.

Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur: nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quò minus existat: veluti, si quis ira dixerit: Si digito cælum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur: Si digito cælum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur: ideòque statim peti potest.

S U M M A R I A.

§. Item verborum. 12.

- 1 Impossibilis conditio qua hoc loco dicatur.
 - 2 Impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo: & vel naturā impossibilis est, vel jure.
 - 3 Qua contra leges, vel bonos mores sunt, jure impossibilia censentur.
 - 4 Differentia inter contractum & testamentum: ejusque ratio.
 - 5 Differentia inter conditionem impossibilem, in faciendo; & in non faciendo positam: & illius ratio.
 - 6 Necessaria est negatio ejus, cujus affirmatio est impossibilis.
- 1 **S**tipulatio adjectione conditionis impossibilis redditur inutilis, & vitiatur. hoc §. nostro. l. non solum. 31. ff. de oblig. & actionib. l. impossibilis. 7. §. l. seq. ff. de verbor. obligationibus. Est autem impossibilis conditio, cui natura impedimento est, quò minus existat, de finitore hic Justiniano. Inde ergo apparet: hunc §. solummodò de conditionibus naturā impossibilibus esse accipiendum. Nam ceteræ conditiones, quæ lege habentur impossibiles, proprium suum fortiuntur tractatum in §. quod turpi. 23. nfr. hoc tit. Itaque bifariam impossibiles conditiones dividuntur. Primò enim impossibilis conditio vel in faciendo consistit, vel in non faciendo, hic §. d. l. impossibilis. 7. cum l. seq. ff. de verbor. obligat. Deinde impossibilis conditio vel est naturā, quæ propriè est impossibilis conditio, de quā hic: vel jure & legibus: ut si Cajum occideris, si sororem uxorem duxeris, si in foro nudus saltaveris, &c. l. si stipulor. 35. §. 1. ff. eod. Etenim quæ vel contra leges sunt, vel contra bonos mores, jure impossibilia censentur. l. generaliter 26. §. l. seq. l. continuum. 137. §. cum quis. 6. ff. de verb. obligat. l. conditiones. 9. §. l. filius. 15. ff. de conditionib. institution. Et de hac conditione in d. §. quod turpi 23. infra hoc tit. Quod ad hanc divisionem naturæ & juris attinet: effectu considerato, nulla est. Utraque enim conditio stipulationem, & reliquos contractus omnes vitiatur. d. l. non solum. 31. ff. de obligat. & action. Testamentum autem & legatum per impossibilem conditionem non vitiatur: sed potiùs, ejus conditionis adjectione pro nullā habitā, valet & sustinetur. §. impossibilis. 10. supr. de heredib. instituend. Ratio hujus differentiæ inter contractum & testamentum petenda est ex d. l. non solum 31. ff. de oblig. & act. Quia videlicet testamentum ab uno, contractus à duobus vel pluribus celebratur. In eā autem re, quæ ex duorum pluriumvè consensu agitur, omnium voluntas spectatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita eā conditione, quam sciant esse impossibilem. Ast uni testatori facile mendum sive vitium in scribendo seu nuncupando excidere potest: ac proinde hoc colore impossibilis conditio detrahitur, defunctique voluntas conservatur. l. 1. ff. de constitutionib. institutionum. Atque illa differentiæ ratio etiam est exposita ad d. §. impossibilis. 10. num. 13. supr. de heredib. instituend. Cæterum circa priorem divisionem itidem observanda est differentia. Nam si conditio impossibilis in faciendum sit concepta; veluti hoc modo: si digito cælum attigero: vel, si in cælum ascendero, dare spondes? stipulatio vitiatur. Si verò conditio in non faciendo sit posita: veluti, si digito cælum non attigero, aut si in cælum non ascendero, dare spondes? stipulatio utilis est, pureque facta intelligitur, hoc §. nostro. & d. l. impossibilis. 7. ff. de verb. obligationib. Et ratio est: quia conditio impossibilis in non faciendo, oratione tantum & figurā verborum est conditio; reverā autem ac vi ipsa, non item. Hæc quippe conditio non solum possibilis est, sed etiam planè necessaria. Certissimum enim est, fieri non posse, ut non existat. Quā de causā rectè Aristoteles lib. 2. Meteor. c. penult. (prout enim refert Wesenb. hic n. 2.) dicit: ejus negationem esse necessariam, cujus affirmatio sit impossibilis. Quare ejuscemodi conditio stipulationem non suspendit: cum certo certius sit, stipulatorem in cælum non ascensurum, idvè attacturum esse. Extitit ergo conditio. Quod igitur eo modo promissum est; præsentī die debetur: adeoq; statim peti potest: ut Imperator hic in fine asserit. Parvi namq; refert: utrū nulla conditio adjecta sit; an, quæ adjecta est, extiterit. Unde scitè quoq; Ulpianus ait: Qui sub conditione stipulatur, quæ omnimodo extitura est; purè stipulari videtur. l. si pupillus. 9. §. 1. ff. de novationibus. Eāque de re fusiùs disserit Donellus in d. l. impossibilis. 7. ff. de verb. oblig. & Gæddeus in Comm. de contrah. & committ. stipul. c. 8. conclus. 9. n. 173. & multis subsequ.

Item verborum obligatio inter absentes concepta, inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non præsentibus fuisse, vel se, vel adversarios suos, contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Casarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus, tales scripturas, quæ præstò esse partes indicant, omnino esse credendas: nisi is, qui talibus uritur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos approbaverit; toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio inter absentes quare contrahi non possit.
- 2 Verba sunt præsentium: epistola & nuncii absentium.
- 3 Intellectus l. ea, quæ §. 7. ff. de donat. inter vir. & uxor.
- 4 Si instrumentum dicat, debitorem promississe: præsumitur stipulatio intervenisse, nisi contrarium legitime doceatur.

Stipulationem inter absentes contrahi non posse, liquidò constat ex hoc §. nostro. l. 1. in pr. ff. de verb. obl. l. 1. & 3. C. de contrah. & committ. stip. l. ut inter absentes. 3. C. de inutil. stip. Et ratio est: tum quia stipulationis forma sive substantia in verbis posita est. l. obligamur. 52. §. verbis. 2. ff. de obl. & act. d. l. 1. in pr. & §. fin. l. stipulationum. §. 1. l. si stipulor. 35. in fine. l. quidquid. 99. ff. de verb. oblig. §. 1. supr. de verb. oblig. l. omnes 10. C. de contrah. & committ. stipul. Verba autem sunt tantum præsentium: ut epistolæ & nuncii propriè absentium. §. 1. vers. veluti per epistolam, vel per nuncium. infr. de oblig. ex consens. l. 2. ibiq; lafon, Cujac. & Duaren. ff. de pact. Tum quia stipulationem contrahentes se invicem exaudire, sibi-que congruenter coram respondere debent: quod absentes facere non possunt. d. l. 1. ubi Bartol. ff. de verb. obligat. pulchrè Gæddeus in Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 3. concl. 12. & 13. n. 189. & seqq. Cui non obstat. l. ea, quæ §. 7. ff. de donat. inter vir. & uxor. ubi literis facta stipulatio videtur. Nam breviter dicendum: literas ibi missas esse non de faciendā inter absentes stipulatione: sed de jam antè coram factā. Id quod copiosius explicatum est suprā ad princ. tit. de verb. oblig. n. 47. & notavit Theodorus Marcellus & Rittershusius hic pag. 450. itemq; Ostermannus in suis rational. p. 95. Addit autem hic Justinianus: promissorem non audiendum esse, si ex eo, quod absens fuerit, inutilem esse stipulationem contendat: cum instrumento sive scripturæ, in quā stipulatio continetur, tamdiu inhærendum & standum sit, quoad manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes undique idoneos, & omni exceptione majores, promissor ostenderit; toto illo die, quo confectum est instrumentum, sese, vel adversarium suum aliis in locis fuisse. Idem ait Imperator in l. optimam. 14. C. de contrah. & committ. stipul. Hucque pertinet, quod Cicero lib. 1. de invent. scribit: Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis; ego autem eo ipso tempore trans mare fui: relinquitur; ut id, quod dicitis, non modò non fecerim: sed nec potuerim facere. Quam rem pluribus persequuntur. Cujacius in l. sciendum. 30. ff. de verb. oblig. Schneidev. Mynsinger. & Heigius in hoc §. nostro.

§. Post mortem. 13.

Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterit: non magis, quàm post ejus mortem, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris, vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur: pridie quàm moriar; vel pridie quàm morieris, dare spondes? inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valeant: placuit nobis etiā in hunc iuris articulū necessariam inducere

emendationem: ut, si post mortem, si prius quam morietur stipulator, si promissor, stipulatio concepta sit: stipulatio valeat.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio post mortem suam, cur olim non valuerit.
- 2 Stipulatio, prius quam moriar, cur inutilis fuerit.
- 3 Prædictæ stipulationes cur hodie valeant.
- 4 Heres cum defuncto una eademque persona putatur.
- 5 Contrariorum dissolutio.
- 6 Actiones ab heredibus, & contra heredes hodie incipiunt.

- 1 **S**I quis post mortem suam sibi dari stipulabatur, vel vice versa: si post mortem suam se daturum promittebat: hanc stipulationem veteres, ad verba attendentes impossibilem; ac proinde inutilem esse, censebant. Quomodo enim vel daret, vel acciperet mortuus? Accedit & illa ratio: quod regula fuit juris veteris, quæ actiones nullæ, quæ non competissent defuncto; ab heredibus, vel contra heredes incipere poterant. *l. unic. C. ut actiones & ab heredibus & contra hered. incipiant. C. ius in fragment. Inst. lib. 2. tit. 9. §. præterea. 7.* Isthaec autem stipulatio fit, ut actio ab herede, vel contra heredem incipiat. Illa igitur stipulatio, tanquam juris regulæ contraria, infirmabatur.
- 2 Eadem ratione inutilis visâ fuit veteribus & hæc stipulatio, *pridie quam moriar*: vel *pridie quam morieris, dabis aut facies*? Cum enim dies præcedens mortem meam, me mortuo demum appareat, hæc stipulatio re ipsa & effectu tempus post mortem meam respicit; atque ita post mortem meam facta esse intelligitur, teste *Cajo d. lib. 2. tit. 9. §. item inutilis, &c.* Sed Justinianus Imp. præcedentes duas stipulationes valere constituit. *l. scrupulosam. I. I. C. de cont. & committ. stipul.* Ratio, quæ movit Imperatorem, hæc est: quia in stipulationibus, ut & in aliis contractibus, voluntas ac consensus contrahentium magis, quam verborum & formularum subtilitas aut scrupulositas spectari debet: ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur, ut Imperator loquitur in *d. l. un. C. ut actiones & ab hered. & contra hered. incip.* Neque verò impossibile est juris interpretatione & intellectu, ut quis post mortem suam aliquid det, vel accipiat. Dabit enim heres promissoris: vel accipiet heres stipulatoris. Quod cum sit: ipsemet defunctus dare, vel accipere videtur: propterea quod heres cum defuncto una eademque persona reputatur. *Novell. 48. in fine præfationis l. hered. §. 9. ibiq. Decius. ff. de reg. jur. & in universum defuncti jus succedit. l. cum heres. I. I. ff. de divers. temp. præscript. l. hered. 62. ff. de reg. jur.*
- 5 Nec huic reclamatur, quod contrahentes non de heredibus suis, sed de se ipsis stipulationem conceperint. Nam, hanc objectionem Imperator ipse dissolvit in *l. ult. C. de contrah. & committend. stipulat.* dum indicat, quod nemo tam stultus existimandus sit, ut stipuletur hoc modo sibi ipsi: sed ex consensu contrahentium hæc verba ita exaudiri debeant, quasi quis post mortem suam heredi suo dari stipuletur: etiam si nullam heredis mentionem faciat. Neque etiam obloquitur prædicta vetus juris regula. Eam enim Justinianus sustulit; statuitque ut actiones ab heredibus, itemque contra heredes incipiant. *d. l. unic. C. ut actiones & ab her. & cont. her. incip.* Vide illâ de re accuratius dissertantem Polidorum Ripam in *Comm. de Actis in mortis artic. c. 7.*

§. Item si quis ita. 14.

Item si quis ita stipulatus erat: *Si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes?* inutilis erat stipulatio: quia præposterè concepta est. Sed, cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit: nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare: ut non solum in dotibus: sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio præposterè concepta olim invalida, hodie subsistit.
- 2 Ratio novi iuris duplex.
- 3 Non subtilitas verborum; sed potius voluntas contrahentium & testantium spectanda.

Hujusmodi stipulatio, si navis ex Asia venerit, hodie dare spondes? vel (secundum Theophil. Balduinum, Contium, Mynsinger. & alios quosdam Interpretes) si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? apud veteres inutilis erat. Ratio juris veteris ab Imperatore hæc indicatur: quia, inquit, præposterè concepta est. Cur autem hæc stipulatio præposterè concepta sit, si cur sit præpostera, causa hæc est: quia datio eventum conditionis præcedit: & sic ante conditionis eventum oritur obligatio; quod est præposterum. Nam recto ordine prius ut conditio existat, & posterius obligatio necesse est; ut liquet ex *§. sub conditione. 4. supr. de verb. obligat.* Verum Justinianus hanc stipulationem non rejiciendam esse existimavit: hoc tamen addito temperamento, ut exactio non statim, sed post conditionis demum eventum competat. *l. præposteri. 25. in fine. C. de testamentis.* Ratio hujus novi juris hic tantum sumitur ab exemplo. Leo namque Imperator (cujus constitutio hodie non extat) stipulationem præposteram in dotibus probavit: veluti, si mulier marito dans dotem ita stipuletur: *Si sine liberis decessero, dotem mihi, cum moriar, dare spondes?* Quare Leonis exemplo isthæc stipulatio Justiniano placuit, non solum in dotibus, sed in omnibus aliis causis, hoc est, tam in contractibus omnibus, quam in testamentis. *d. l. præposteri. 25. C. eod.* Cæterum vera novi juris ratio videtur esse eadem, quæ supra *§. proximo* est exposita: quod nimirum non subtilitas verborum; sed potius voluntas contrahentium, ut & testantium sit spectanda. *l. unic. in fin. C. ut actiones & ab heredib. & cont. hered. incip. d. l. præposteri. 25. C. de testament. §. ante heredis institutionem. 34. supr. de legatis.*

§. Ita autem stipulatio. 15.

Ita autem stipulatio concepta: veluti, si Titius dicat: *cum moriar, dare spondes?* vel, *cum morieris?* & apud veteres utilis erat, & nunc valet. Item post mortem alterius recte stipulamur.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio illa, cum moriar; vel, cum tu morieris, dare spondes? olim, & hodie recepta est: ejusque ratio.
- 2 Idque procedit hodie, tam in faciendi, quam dandi stipulationibus.
- 3 Quare stipulatio hæc, post mortem Titii dare spondes? olim valuerit, & hodie valeat.

Et si stipulatio hæc, post mortem meam dare spondes? vel hæc, post mortem tuam dare spondes? olim inutilis erat, ut dictum supr. in *§. post mortem. 13. hoc tit.* illa tamen, cum moriar, vel, cum tu morieris, dare spondes? & olim valebat, & hodie multo magis recepta est, hoc *§. nostro. & §. l. quodcunque. 45. §. non solum. 3. ff. de verb. obligat.* Ratio diversitatis hæc redditur: quia his verbis, cum moriar, vel cum morieris, ipsum moriendi tempus siue momentum significatur. Hoc autem moriendi momentum, vitæ potius, quam morti attribuendum esse, pluribus demonstrant Cujacius lib. 3. observation. cap. 34. Tiraquell. in tract. de jure constituti possessorii. part. 3. limitat. 2. num. 12. Hotoman. hic enunciat. 4. & Heig. n. 2. Non ergo impossibile veteribus videbatur hæc stipulatio, ut superiores. Et enim hac vivo dari spondetur, & vivus spondet, se daturum. Quod tamen apud veteres, ut exempla textus indicant, in danditantum stipulationibus procedebat. Aliud quippe erat in faciendi stipulationibus, ut apparet ex *l. ult. C. de contrah. & committ. stipul.* Has enim, cum non ita extremo vitæ momento siue articulo, adimpleri possint, veteres impossibiles esse putarunt. Sed tandem Imp. Justinianus

nianus hasce veterum subtilitates & altercationes ampu-
xavit; & omnes istas stipulationes utiles esse, & ad heredes,
etiam nullâ expressâ & speciali heredum mentione factâ,
transire voluit. *l. scrupulosam. l. i. l. veteris. l. 3. & l. ult. C. de*
3 *contrah. & committ. stipulat.* Porro dubium non est ullum:
quin stipulatio hæc, *post mortem Titii centum dare spondes?*
& olim valuerit, & hodie valeat, *hoc §. nostro in fine.* Si-
quidem illa stipulatio est in diem: qui dies non adversa-
tur regulæ antiquæ, *de quâ expositum in d. §. post mortem. l. 3.*
suprà hoc tit.

§. Si scriptum. 16.

Si scriptum in instrumento fuerit, promississe
aliquem: perinde habetur, atque si interroga-
tione præcedente, responsum sit.

S U M M A R I A.

- 1 *Instrumento, aliquem promississe, adstruente: interrogatio præ-*
cessisse, adeoque omnia solenniter peracta censentur:
& quæ sit eius ratio.
- 2 *Verba cum effectu accipienda.*
- 3 *Interpretatio l. i. C. de dotis promiss.*
- 4 *An & quatenus incerta dotis promissio valeat.*
- 5 *Si instrumentum asserat, placuisse vel convenisse inter contrahen-*
tes: stipulatio solennis interposita non præsumitur.

1 **Q**uia jam notum est, hunc stipulationis contractum con-
stare ex interrogatione & responsione: dubitari po-
terat, an valeat stipulatio, si promissionis tantum sive re-
sponsionis in instrumento mentio fiat? Et ait Imp. valere:
ut interrogatio, quamvis ejus in instrumento non fiat men-
tio, intercessisse tamen seu præcessisse præsumatur. Idem-
que tradit Paulus *lib. 5. sentent. tit. 7. de obligationib. unde*
hic locus ad verbum est desumptus. Hujusque ratio est:
tum quia instrumento hæc inest præsumptio, ut omnia in
eo comprehensa, censeantur ritè ac solenniter esse gesta, §.
ultim. infr. de fidejussoribus l. sciendum. 30. l. Titia. l. 34. §.
penult. ff. de verb. obligat. l. i. cum ibi notatis & l. optimam.
l. 4. C. de contrah. & committ. stipulat. l. cum precibus. l. 8.
2 *ibiq. Bald. C. de probation.* Tum quia verba ex receptâ
juris interpretatione cum effectu, id est, ut valeant, sunt ac-
cipienda *l. i. §. 2. ff. quod quisque juris in alter. statuerit. l.*
penult. §. 2. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. l.
si se non obtulit. 4. §. condemnatum. 6. ff. de re judicat. Cum
ergo promissio sine præcedente interrogatione sit ineffi-
cax: interrogationem ritè præcessisse præsumimus: ut sic
actus valeat potius quàm pereat. *l. quotiens. l. 2. ff. de reb. du-*
bis. l. quotiens. 80. ff. de verb. obligation. Gomez. tom. 2. var.
resolut. jur. civ. c. 11. num. 17.

3 Neque hanc improbat sententiam Alexander Imp. in
l. i. C. de dotis promiss. ubi licet in instrumento scriptum esset,
dotem fuisse promissam: nihilominus tamen Imperator re-
scripsit, ex eâ promissione nullam competere actionem.
Inde colligi videtur, verbum *promissionis* in instrumento
positum, non solennem & perfectam significare stipulatio-
nem. Non, *inquam*, hoc Alexandri rescriptum nostram
improbat sententiam. Nam respondere possumus: Im-
peratorem in proposito dictâ *l. i.* casu non ideo actionem
denegasse, quod existimaverit, ad probandam stipulatio-
nem non satis esse, in instrumento contineri, quod dos
promissâ fuerit: sed idcirco, quod ex instrumento liquidò
constiterit, dotem incertam sine expressione certæ quan-
titatis fuisse promissam. Incertæ namque dotis promif-
sio, quantumvis solenni stipulatione facta, nullius momenti
est, nullamque actionem producit, si extraneus eam pro-
miserit, *ut ex textu dictæ l. i. evincitur.* Aliter se res ha-
bet, si dos incerta non ab extraneo, sed à patre, vel quodam
alio, qui ad dotem constituendam tenetur, fuerit promissa.
Hoc siquidem casu valere eam indubitatum est. *l. cum post*
5 *divortium. 69. §. gener. 4. ff. de jure dotium.* Et hæc qui-
dem, quæ hætenus dicta sunt, omnino militent & proce-
dant, quando in instrumento verbum *promisit* sive *spopon-*
dit est positum. Secus autem esse putatur, si in instru-
mento ponitur, placuisse vel convenisse inter contrahen-
tes. Hac enim specie solennis stipulatio interposita non

præsumitur: ac proinde ex eo instrumento, nisi alia con-
current adminicula, stipulatio probari non poterit, *arg.*
l. lecta. 40. ff. de reb. cred. & l. qui Roma. l. 22. §. 1. ff. de verb.
obligat. Idque uberius explicat Carolus Molinæus in *ru-*
bric. ejusdem tit. 31. §. seq.

§. Quotiens. 17.

Quotiens plures res unâ stipulatione com-
prehenduntur, si quidem promissor simpliciter
respondeat, *dare spondeo*: propter omnes tene-
tur. Si verò unam ex his, vel quasdam datu-
rum se spoponderit: obligatio in iis, pro qui-
bus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim
stipulationibus vel quædam videntur esse per-
fectæ. Singulas enim res stipulari, & ad sin-
gulas respondere debemus.

S U M M A R I A.

- 1 *Plurium rerum stipulatio quatenus valeat.*
- 2 *Non est necesse, ut in respondendo omnia repetantur, quæ stipula-*
tor expressit.
- 3 *Consideratio l. quidquid adstringenda. 99. in princ. ff. de verb.*
obligat.
- 4 *Quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita intelli-*
guntur.
- 5 *In stipulationibus, quæ divisionem recipiunt, utilis per inutilem*
non vitiatur.
- 6 *Consideratio §. præterea. §. suprà hoc tit.*

Agit hîc Imperator de stipulatione plurium rerum, 1
quatenus valeat. *Exempli gratiâ*: Stipulatus sum
Pamphilum, Stichum, decem, fundum, &c. Hoc in ar-
ticulo videndum est: num promissor simpliciter respon-
derit, an quasdam ex hisce se daturum spoponderit. Si 2
ad plures res, unâ stipulatione comprehensas, promissor
uno verbo simpliciter respondeat, *promitto*, vel *dare spon-*
deo: propter omnes tenetur. *l. inter stipulantem. 83. §. item*
si ego. 4. & l. quod dicitur. 80. ff. de verbor. obligat. Et ratio
est: quia non est necesse, in respondendo omnia ea repeti,
quæ stipulator expresserit. §. *præterea inutilis. §. in fin.*
suprà h. t.

Non obstat *l. quicquid adstringenda. 99. in princ. ff. de* 3
verb. obligat. ubi à Celso Jureconsulto responsum est; ex
stipulatione id solum deberi, ad quod promissor se palam
verbis astrinxit. Sed hoc loco promissor simpliciter tan-
tum se promittere dixit: nec, quid promittat, adjecit.
Non, *inquam*, obstat. Nam promissor, qui uno verbo
simpliciter ad ea, quæ in interrogatione posita fuerunt,
respondit; ad res singulas, in stipulationem deductas, se-
paratim & palam respondisse intelligitur. Ea siquidem,
quæ in præfationibus dicuntur, in sequentibus repetita
censentur. *l. Titia. l. 34. §. 1. ff. d. tit.* Quod si verò promif- 4
sor de pluribus rebus interrogatus, ad eas res non sim-
pliciter, *promitto*, sed ita, *Stichum promitto*, respondeat: ob-
ligatio tantum in Stichum, pro quo spopondit, contrahitur.
Ratio, cur stipulatio hæc Stichum valeat, est hæc: quia per-
fecta est, *ut indicat hic Justinianus in vers. ex pluribus, &c.*
Constat enim interrogatione & responsione. Reliquarum
verò rerum stipulationes non valent: cum sint imperfectæ.
Habent etenim interrogationem: sed non habent respon-
sionem. Nec movet, quod his verbis, *Pamphilum, Sti-*
chum, decem. &c. dabis? dabo Stichum: una stipulatio
contracta videatur: ac proinde inutilis: propterea quod
responsio cum interrogatione non omnino conveniat.
Istis namque verbis non una, sed plures stipulationes con-
tinentur. *l. scire debemus. 29. ff. de verb. obligat.* ex quibus
una, ad quam est responsum, perfecta est, atque ideo utilis:
reliquæ sunt inutiles. Siquidem in stipulationibus, quæ 5
divisionem recipere possunt, utilis per inutilem vitiari non
debet. *l. i. §. sed si mihi. 5. ff. eod. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat.*
servor. Ungepaup. Exercit. Justin. l. 6. q. 7.

Huic sententiæ non adversatur *d. §. præterea. §. suprà hoc* 6
tit. ubi promissor, qui de decem aureis interrogatus, quin-
que se daturum respondit, ne quidem ad quinque tenetur.

Ergo non videtur subsistere, quod dicitur stipulationem esse validam, si promissor de paucioribus rebus, quam fuit interrogatus, respondeat. Non adversatur, inquam. Nam præter veram resolutionem in d. §. præterea. adductam, & hoc forsitan non incommode dici poterit: stipulationem in dicto isto §. ideo dici inutilem, quod stipulator decem aureos eâ mente, eoque animo stipulatus fuerat, ut pauciores non reciperet. At in proposito casu stipulator non ita animum limitatum & astrictum ad res plures habuit: sed eâ intentione, & eo animo plures in stipulationem deduxit, ut vel omnes, vel pauciores à promissore acciperet. Et ita dictum §. præterea. supr. hoc tit. exaudire videntur. Accursius in d. l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. oblig. Albert. Bolognet. ad rubr. ff. d. tit. cap. 31. n. 6. & 7. Theodorus Straitman. in suis antinom. legum civil. contrariet. 9. Gabriel Madaus in l. in venditionibus. 9. ff. de contrahend. empt. num. 4. Ioan. Marcus Aquilinus in d. l. 1. §. si quis simpliciter. ff. de verbor. obligat. num. 48. & Benedictus Pinel. selectar. interpretat. lib. 2. cap. 17. num. 2. & seq. alique nonnulli, quos recitavimus in d. §. præterea. §. num. 4. suprâ hoc tit.

§. Alteri. 18. §. sed & si. 19. &
§. versa vice. 20.

Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt huiusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest: cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere: pœnam stipulari conveniet: ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cuius nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis: non istud inspicitur, quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur, *Titio dari?* nihil agit: sed si adjecerit pœnam, *Nisi dederis, tot aureos dare spondes?* tunc committitur stipulatio.

§. 19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset: placuit, stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore: quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est (cum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit) tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit: habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod suâ interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant: valet stipulatio.

§. 20. Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio alteri facta, inutilis censetur.
- 2 Inter possessionem & obligationem, alteri quarendam, differentia: huiusq. ratio.
- 3 Nunquid ex stipulatione, alteri facta, naturalis saltem obligatio oriatur.
- 4 Dictio (potest) negativè, item affirmativè posita, quid importet.
- 5 Obligatio naturalis non est sine consensu.
- 6 Obligatio naturalis solâ æquitate naturali sustinetur.
- 7 Pacta & conventiones servanda.
- 8 Quibus casibus alteri stipulari liceat.
- 9 Si stipulationi alteri facta pœna adjiciatur, stipulatio valet.
- 10 Omnis stipulatio pœnalis est conditionalis.
- 11 Si quis alteri stipuletur, cum suâ interest, utilis est stipulatio, & quare.
- 12 Per verbum, interest, quid hoc loco intelligatur.
- 13 Interesse quomodo definitur.

14 Hominem beneficio afficere, interest hominis.

15 Verba in propriâ significatione accipienda.

16 Quibus modis contingat, ut intersit nostrâ pecuniariter, alteri quippiam dari.

17 Promissor si de alio promittat, non obligatur: nisi pœna adjecta fuerit.

Dictum est supra in §. si quis alii. 4. hoc tit. stipulationem esse inutilem, si quis alteri stipuletur: hoc loco Imperator id exactius decidit atque declarat, ex l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verbor. obligationib. Nec hanc Imperatoris decisionem infringit l. 1. C. per quas pers. nobis acquirat. & l. traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin. In quibus legibus habetur: per liberam personam omnium rerum possessionem, & per hanc dominium alteri acquiri posse. Nam respondetur: in eo esse inter obligationem & possessionem alteri quarendam differentiam. Ratio differentia hæc est: Nemo alteri obligari potest, nisi cum detrimento quodam, & incommodo sui patrimonii, quod per obligationem minuitur. Qui igitur stipulatur alteri dari, is hoc agit, ut stipulando faciat conditionem alterius (promittentis scilicet) deteriore, non quidem ad suam utilitatem, sed illius, cui stipulatur. Hoc autem iniquum, & à ratione alienum, adeoque minimè permittendum esse, Jurisconsulti veteres censuerunt. Cæterum qui possessionem, alterius nomine sibi traditam, acceptat: alterum eum jacturâ & incommodo alterius locupletiore non reddit. Haud siquidem possessio, quam alter tradit, ex eo amittitur, quod alteri, cuius nomine acceptata est, acquiratur: sed, quod ita jure provisum sit, ut quis statim possessionem amittat, cum eam animo possidere desinit; etiamsi ea alii neutiquam acquiratur. l. quod meo. 18. §. 1. ff. d. acq. vel amitt. poss. Et hac de re, more suo, prolixè disputat Donellus in d. l. stipulatio ista 38. §. alteri. 17. ff. de verbor. oblig. num. 3. & §. itemq. Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 27. th. 2. lit. D. pag. 817. & seq. Ac sanè hæc decisio sive regula, quâ dicitur, alteri stipulari neminem posse, adeo procedit: ut ex ejusmodi stipulatione alteri facta ne naturalis quidem obligatio oriatur, argumento dicti §. si quis alii. 4. supr. h. t. ubi, per hanc stipulationem nihil agi, traditur. Ergo ne naturaliter quidem promissor stipulatori obligatur. Idem etiam per hunc §. nostr. probari posse videtur, in quo Imperator ita loquitur: *Alteri stipulari nemo potest.* Quæ certè dictio, potest, negativè posita, ut hîc, impossibilitatem & necessitatem importat: tamen si affirmativè posita necessitatem non inducat, Gloss. & Dd. in cap. 1. verb. non potest. de reg. jur. in 6. Bartol. in l. Gallus. 29. in princ. ff. de liber. & posth. hered. instituend. Adde, quod ne naturalis quidem obligatio est sine consensu. l. 1. §. conventionis. 3. vers. adeo autem. ff. de pact. Atqui cum eo, in quem stipulatio collata est, promissorem nihil convenisse constat, utpote cum quo nihil prorsus egerit. Itaque sine dubio ei obligari non potest. Licet verò inter ipsum stipulatorem & promissorem consensum intervenisse certum sit: tamen, quod res ipsa docet, nullus talis est consensus, ut ei detur, qui stipulatus est. Nulla igitur cum eo pactio in hoc, ut ei detur: ac proinde de eo nulla obligatio, ne naturalis quidem.

Non obstat huic sententiæ l. Stichum. 95. §. naturalis. ff. de solut. ex quâ lege tale quidam ducunt argumentum: Naturalis obligatio solâ naturali æquitate sustinetur, & in eâ tanquam radice fundatur. Sed pacta & conventiones servari, est æquum. d. l. 1. ff. de pact. Ergo videtur dicendum: ex illâ promissione, quâ quis non stipulatori, sed alii se daturum promittit, naturalem obligationem produci. Non obstat, inquam, hæc argumentatio. Nam ad minorem respondetur: verum quidem esse in genere, quod affirmatur in d. l. 1. ff. eod. æquum esse pacta servari. At in specie propositâ nulla subest æquitas, quæ stipulationem vel pactum, quo actum est, ut alii quippiam præstetur, servandum esse dicat. Satis enim hoc ab æquitate alienum esset, si jura aliquem sine ullo suo commodo posse alium astringere, ut alteri det aliquid vel faciat, permitterent. Et hanc opinionem, utpote verissimam, post alios, defendit Zasius num. 6. cum seqq. & Donellus num. 11. in dict. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. ff. de verbor. obligat.

Præ-

8 Præmissæ autem regulæ, quâ nemo alteri stipulari potest,
 9 duæ exceptiones hoc loco afferuntur. Prima hæc est: nisi
 quis pœnam huic stipulationi apposuerit, hoc modo: *Sem-*
pronio dabis fundum: & nisi dederis, mihi dabis centum?
 Quo casu committitur, id est, valet stipulatio: & promif-
 sor vel fundum Sempronio dare tenetur, vel si non dederit,
 mihi cogitur dare centum. In hac enim stipulatione pœ-
 nali non inspicitur, inter sitne stipulatoris, an non inter sit,
 sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis: hoc est,
 10 inspicitur, quæ sit quantitas in pœnâ. Pœna etenim con-
 ditionaliter adjici solet: & omnis pœnalis stipulatio est
 conditionalis. §. ult. *supr. de verb. obligationib.* Atque ita
 duæ hîc videntur stipulationes: una alteri facta in fundo:
 altera in centum pœnalis, facta ipsi stipulatori: eaque va-
 let & utilis est; & quasi extante stipulationis conditione,
 ad pœnam agi potest: quam tamen promissor effugiet,
 si priori stipulationi, licet per se inutili, pareat. *Sed vide-*
antur Donellus ad d.l. 38. §. alteri 17. ff. d. tit. num. 73. & seq.
 11 *Borcholt. hic num. 1. & 2. & Heigius num. 12. & seqq.* Se-
 cunda exceptio hæc est: nisi quis alteri stipulatus sit, cum
 suâ interesset, §. *sed & si quis. 19. hoc tit. l. stipulatio ista. 38.*
 §. *si stipuler. 20. ff. de verb. obligat.* Hujusque exceptionis
 ratio in promptu est: quia tunc non alteri, sed sibi ipsi ob-
 ligationem actionemque stipulator, ratione sui interesse,
 acquirit. *l. liber homo. 118. §. fin. ff. de verb. obligat.* Vide
 Bachovium in *dictis not. ad Treutler. vol. 2. disput. 27. th. 2.*
lit. F. pag. 829. & Knipschildt exercitat. Acad. 6. quest. 9.
pag. 223. & seq. Sciendum autem est: non quoquo modo
 12 cujusque interesse. *l. fidejussoris. 23. ff. de pactis.* Intelligi-
 tur itaque hoc loco per verbum *interesse*, id, quod pecu-
 niariter interest. Definitur enim interesse id, quod mihi
 13 abest, & quod lucrari potui. *l. si commissa. 13. ff. rem ratam*
haberi. Lucrari autem tantum illud intelligimus, quod in
 15 pecuniam patrimoniumque nostrum convertitur. Nec
 obstat, quod in *l. servus. 7. ff. de servis exportand.* dicitur;
 hominem afficere beneficio, interesse hominis. Quia in
 illâ *l.* verbum *interesse* *καταχρηστικῶς* & abusive accipitur.
 16 Namque propriè id dicitur interesse, quod pecuniariter
 interest, ut ex definitione interesse jam positâ videre licet.
 At verba in propriâ significatione exaudienda esse, omni-
 bus manifestum est. *l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.*
l. Labeo. 7. §. 2. vers. id Tubero. ff. de suppellect. legat. Con-
 tingit verò duobus modis: ut inter sit nostrâ pecuniariter,
 alteri quid dari. Primò si is, cui stipulati sumus, nobis de
 eâdem re reddenda sit obligatus, ut sic res ad nos reverta-
 tur. Quod procedit in eo, qui procuratori suo stipulatus
 fuerit. Quicquid enim procuratori datur, id ipse domi-
 nus à procuratore actione mandati consequitur. *l. idemq. 10. §. si cui mandaverit. ff. mandati.* Secundò si nos ei, cui
 stipulati sumus: jam antè eâ de re obligati simus. Ad
 hanc speciem pertinent exempla, quæ hîc in *d. §. 19. de*
tutore stipulante pupillo, & de debitore stipulante credi-
tore suo ponuntur. Plura hujus rei exempla extant in *d.*
l. stipulatio ista. 38. §. si stipuler. 20. & §. seq. ff. de verb. oblig.
 Cæterum præter istas duas, sunt & aliæ præfatæ regulæ ex-
 ceptiones; quas Interpretes hîc, & in *d. §. si quis alii. 4. supr.*
 17 *hoc tit.* examinant. Quod porrò de stipulatore modò expo-
 situm est: non posse quem alteri stipulari, nisi vel pœna
 adjecta sit, vel ejus inter sit: idem ex adverso etiam de pro-
 missore dicendum, Imperator subjicit hîc in *§. versa vice.*
 20. eum nimirum, si non de se ipso, sed de alio promittat,
 non obligari (sive promiserit, alium daturum, live factu-
 rum) nisi pœna adjecta fuerit: *de quo latius supra in §. si*
quis alium. 3. hoc tit. & d. l. stipulatio ista. 38. §. at si quis. 2.
ff. de verb. obligat.

§. Item nemo. 21.

Item nemo rem suam futuram, in eum ca-
 sum, quo sua sit, utiliter stipulatur.

S U M M A R I A.

- 1 Inutilis est stipulatio, si quis rem alienam, suam futuram, in eum casum, quo sua sit, stipuletur: ejusque ratio.
- 2 Quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest.
- 3 Quibus casibus quis rem propriam recte stipuletur, remissivè.

1 D Ocuît Imperator *suprà in §. idem juris. 2. hoc tit.* I
 stipulationem rei suæ esse inutilem: hîc adjicit,
 inutilem quoque esse stipulationem, si quis rem alie-
 nam, suam futuram, in eum casum, quo sua sit, stipu-
 letur: ut si dicat, *Fundum Caji, cum meus erit, dabis?*
 Idem tradidit Paulus in *l. nemo. 87. ff. de verb. oblig.* Ratio,
 cur non valeat hæc stipulatio, est illa: quia tempore con-
 ditionis existentis, quo obligatio nascitur, fundus iste dari
 non potest. Quid ita? quia quod nostrum est, amplius
 2 nobis dari, magisque nostrum fieri nequit. §. *sic itaq. discre-*
tis 14. infr. de action. §. sed si rem. 10. supra de legat. Quam-
 obrem nihil refert, utrum res initio, id est, tempore con-
 tractûs mea sit; an postea, hoc est, tempore præstationis.
 Hîc enim locum regula vulgaris habet: stipulationem in-
 cidisse in eum casum, à quo incipere non potest, *de quâ*
explicatum supra in d. §. 2. hoc tit. num. 17. Cæterum ali-
 3 quot casus, quibus rem quis propriam recte stipulatur, ex-
 ponit diligenter Mynsingerus *hic num. 4. & seq.*

§. Si de alia re. 22.

Si de alia re stipulator senserit, de aliâ promif-
 sor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si
 ad interrogatum responsum non esset: veluti,
 si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit,
 tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari
 credideris.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio propter errorem rei, ac dissensum contrahentium vi-
 tiatur.
- 2 Error nominis & materia non vitiat stipulationem.
- 3 Secus est in emptione: & quæ sit ratio differentie.

1 S I erraverint stipulator & promissor in re sive corpore: I
 nulla contrahitur stipulatio, hoc §. nostro. *l. inter stipu-*
lantem. 83. §. 1. & l. continuus 137. §. 1. ff. de verb. obligat.
 Ratio est perspicua: tum quia diversitas responsionis sti-
 pulationem annihilat: quam rationem indicat Imperator
 hîc in verbis: *perinde nulla contrahitur obligatio, &c.*
 Tum quia contractus omnes consensum desiderant: ac
 proinde dissensu & errore vitiatur. *l. 1. §. conventionis.*
ff. de pact. l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. §. 1. l. in omnibus re-
bus. 55. & l. in omnibus negociis. 57. ff. de oblig. & actio-
nibus. Atque hæc quidem de errore corporis tantum
 intelligenda sunt. Nam error nominis stipulationem non
 2 vitiat: ut, *dabis mihi servum tuum Pamphilum? dabo:*
 utilis est stipulatio; etiam si servus non Pamphilus, sed
 Mævius vocetur. *l. si in nomine 32. ff. de verb. obligat. l. in*
venditionibus. 9. §. 1. ff. de contrah. empt. Error quoque ma-
 teriæ sive qualitatis non vitiat stipulationem. *Verbi gratiâ:*
 si stipuler à Sempronio nummum aureum, ut putabam,
 cum reverâ esset æreus: stipulatio valet: quoniam in cor-
 pore consensimus: quamvis Sempronius promissor, si sci-
 ens me fefellerit; de dolo teneatur. *l. si id, quod aurum. 22.*
ff. de verb. obligat. ibiq. Zasius, Duarenus, Alciatus & Do-
nellus. Quocirca error non nominis, non materiæ seu
 qualitatis, sed corporis, stipulationem vitiat: velut, si sti-
 puletur quispiam à Titio Stichum, & promissor habeat
 duos Stichos, nigrum & album: & nigrum intelligat sti-
 pulator, promissor album: non subsistit stipulatio: quia,
 ut antè monitum, stipulatio exemplo cæterorum contra-
 ctuum utriusque consensu perficitur. *d. l. inter stipulantem.*
83. §. 1. & d. l. continuus. 137. §. 1. ff. de verb. obligat. At non
 consentiunt, qui errant. *l. si per errorem. 15. ff. de jurisdict.*
l. 2. in princip. ff. de judic. l. nihil consensui. 1. 6. ff. de reg. jur.
 Quâ in re stipulatio ab emptione & venditione non nihil di-
 3 screpat. Etenim in emptione contrahenda nihil profue-
 rit, contrahentes in corpore consensisse, si in materiâ vel
 qualitate seu substantiâ erratum sit; putâ si quis æs emat pro
 auro, vel plumbum pro argento. *d. l. in venditionib. 9. §. ult.*
& legib. aliquot se 19. ff. de contrah. empt. Ratio differentie,
 cur (inquam) error in materiâ venditionem vitiet, sti-
 pulationem non item, hæc est: quia in stipulatione
 interest stipulatoris, ut æs saltem sit in obligatione.
 Ast in emptione interest emptoris, qui vicissim
 ad precium obligatur; ne ullo modo in ære vel plumbo
 quod

Quod pro auro, vel argento venditum est, emptio consistat. Ita sentiunt Cujac. in d.l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. obligat. & lib. 2. observat. c. 4. Petr. Augustin. Morla in emptor. jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 18. & seqq. Gæddens in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 4. num. 20. cum seqq. Borcholt. hic n. 4. & in Comment. de verb. obligat. cap. 5. num. 74. & multis seqq. & nonnulli alii, quos citavimus infra ad p. incipium tit. de empt. & vendit. n. 18.

§. Quod turpi. 23.

Quod turpi ex causa promissum est: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: non valet.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulationes turpes, & contra bonos mores, nullius momenti sunt.
- 2 Turpia in jure comparantur impossibilibus.
- 3 Qua stipulationes dicantur turpes.
- 4 Turpe est, pro eo pecuniam accipere, quod facere gratis aliquem oportet.
- 5 Inhonestum est, vinculo pœne matrimonia obstringi.
- 6 Alterius hereditatem stipulari non licet.
- 7 Advocatus ex eventulitis certam partem lucri stipulari nequit.
- 8 Ex stipulatione turpi, nec obligatio, nec actio oritur.
- 9 Stipulatio turpis aded vitiatur: ut, licet appositum sit iuramentum, tamen non subsistat.

1 **G**eneraliter stipulationes turpes, vel contra bonos mores, nullius momenti sunt, l. generaliter. 26. cum l. veluti. seq. ff. de verb. obligat. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat. & hoc §. nostro. Ejusque ratio est: quia turpia in jure comparantur impossibilibus. l. filius. 15. ff. de condit. instit. l. non solum. 31. ff. de oblig. & act. l. si stipulor. 35. & l. si flagitii. 123. ff. de verbor. obligat. Turpes autem & contra bonos mores, adeoque inutiles & nullius momenti, sunt primò hæc stipulationes, quibus quid, quod per se & naturâ turpe est, promittitur: veluti, si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: quæ sunt exempla hujus §. & dicta l. veluti. 27. ff. d. tit. Deinde turpis hæc est stipulatio, cum alicui promittitur pecunia, ne maleficium designet. l. juris gent. 7. §. si ob maleficium. 3. ff. de pactis. Hujus ratio est: quia hoc ipsum turpe est, pro eo pecuniam accipere, ut à maleficio temperes: quod facere suâ sponte & gratis unumquemque oportet, arg. l. 2. & ult. ff. de condit. ob turp. vel injustam causam. Præterea & illa stipulatio turpis non sine ratione censetur: cum quis pœnam ab aliquo stipulatur, si illam uxorem non duxerit, aut si ab eâ, quam duxerit, diverterit: siquidem inhonestum visum est, vinculo pœnæ matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta, inquit Paulus in l. Titia. 134. in fine principii. ff. de verb. obligat. Quò etiam pertinet l. 2. C. de inutilib. stipul. Denique turpes existimantur stipulationes, quæ quidem per se turpes non videntur: sed tamen per accidens in se delicti illecebram habent. Talis stipulatio est, quâ quis sibi alterius hereditatem deferri stipulatur. l. stipulatio hoc modo. 61. ff. de verb. obligat. Quæ si valere cœperit, quia ejus emolumentum ex morte promissoris pendet, etiam votum & captationem mortis promissoris afferet, quò citius hereditate potiri liceat, arg. l. fin. C. de pact. & l. de fideicom. misso. 11. C. de transactionib. Talis item habetur stipulatio advocati, quâ is ex eventu litis certam partem lucri sibi à cliente suo dari stipulatur. l. salarium. 7. ff. mandati. l. sumptus. 53. ff. de pact. l. 1. §. si cui. 12. ff. de var. & extraordinar. cognit. Cum igitur istiusmodi stipulationes non valeant, per hunc §. nostrum. & inutiles, nulliusque momenti sint. d. l. generaliter. 26. & d. l. stipulatio. 61. ff. de verb. obligat. consequens est, nec actionem aut obligationem inde oriri d. l. juris gentium. 7. §. si ob maleficium. 3. ff. de pact. l. non dubium. 5. C. de legib. & d. l. ex eo. 4. C. de inutilib. stipulat. Quapropter erronea videtur Cujacii in d. l. generaliter. 26. ff. de verb. obligat. & aliorum quorundam opinio, existimantium; turpes stipulationes non ipso jure inutiles esse: sed mero jure valere, & ope tantum exceptionis infirmari. Quos copiosissimè refutat Donellus in d. l. generaliter. num. 3. & 4. ff. eodem. Arumæus disput. 22. ad præcipuas ll.

Pand. th. 8. Pacius Cent. 7. ἐναντιοπαρὼν. quest. 28. hosque referens D. D. Besoldus in deliberatis jur. ex lib. 43. ff. quest. 5. pag. 169. Adeò autem ratione turpitudinis stipulatio vitiatur: ut, etiamsi appositum sit iuramentum, nullas omnino vires stipulatio recipiat. d. l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pactis. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. Schneidevvin, hic num. 3. Nulla etenim religio est, quâ turpiter facere obstringamur: estque hîc Deo gravior prævaricatio, quàm obedientia: vel, ut ait Justinianus, hujusmodi transgressio magis placet Deo, quàm jurisjurandi observatio. Novell. 51. in præfatione, post medium.

§. Cum quis. 24.

Cum quis sub aliquâ conditione stipulatus fuerit: licet ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.

S U M M A R I A.

- 1 Stipulatio conditionalis ad heredem transit: legatum conditionale non item.
- 2 Qua sit differentia istius ratio.

IN conditionalis stipulatione, si ante conditionis eventum sive stipulator, sive promissor moriatur: nihilominus eorum heredes & convenire, & conveniri possunt, hoc §. nostro & l. si quis 57. ff. de verb. oblig. Aliud est in legato conditionalis. l. legata. 41. ff. de conditionib. & demonstrat. l. is, cui 42. ff. de obligat. & actionib. l. 4. & 5. ff. quando dies legator. vel fideicommissor. cedat. l. qua legata. 18. ff. de reg. jur. Ratio differentie inter legatum & stipulationem hæc est: quia stipulatio conditionalis jam ab initio est aliquid: legatum conditionale non item. Rationem rationis exposuimus supra in §. sub conditione. 4. de verbor. obligationibus. num. 10. 12. & seq.

§. Qui hoc anno. 25. & ultimus.

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est: nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem: non poteris continuò agere: nisi tantum spacium præterierit, quo traditio fieri possit.

S U M M A R I A.

- 1 Si tempus stipulationi sit adiectum differenda solutionis gratiâ, ante tempus elapsum agi nequit.
- 2 Promissum in annos singulos, in principio cuiusque anni peti potest.
- 3 Quamvis stipulatio pura sit: tamen tantillum temporis inest, quanto traditio fieri possit.
- 4 Quod de stipulatione dandi hoc loco statuitur: idem etiam de stipulatione faciendi intelligendum est.

Hic locus ad verbum ex Pomponii responso est descriptus. l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig. Cujus sententia hæc est: si tempus stipulationi adiectum sit, differendæ solutionis gratiâ: ante totum tempus elapsum agi non posse. Et quòd hîc dicitur: eum, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est; nisi omnibus partibus anni, vel mensis præteritis, non rectè petere: idem quoque procedit, si in annum, aut in duos, tres vel plures annos, item si proximo mercatu dari stipulatus fuerit. l. si in annos. 49. ff. de conditionib. & demonstrationib. l. eum, qui. 138. ff. de verbor. obligat. Secus est, si quotannis, vel in annos singulos, vel annum aliquid quis promiserit. Nam ab eo in principio statim cuiusque anni peti poterit: ut uberius explicatum est in §. at si ita stipuleris 3. supra, de verb. obligat. Quæ autem huic §. contrariari videntur, abundè diluit Mynsingerus hic num. 2. 3. & 7. Tandem Justinianus Imp. in calce hujus tituli subnectit: eum, qui fundum vel hominem dari stipulatur, non continuò agere posse.

posse. Quamvis enim hæc stipulatio pura sit: & ideo confestim agi posse videatur. §. *omnis stipulatio. 2. supra de verbor. obligat.* id tamen benignè, & cum aliquo temperamento temporis intelligendum est. Neque enim cum sacco statim creditor venire debet, auctore Paulo in l. *quod dicimus. 105. ff. de solutionib.* Illud igitur tempus expectandum est, quo executio stipulationis, id est, traditio commodè fieri possit. l. *interdum. 73. ff. de verbor. obligat.* §. *loc. 5. supra dicto jam tit. ubi id declaravimus fusiùs.*

4 Quod porro hic de stipulatione dandi affertur: idem etiam de stipulatione faciendi statuendum, Venulejus IC. respondit: ut videlicet tantum temporis illi stipulationi inesse intelligatur, quo factum promissum præstari queat. l. *continuus. 137. §. cum ita stipulatus. 2. & §§. seqq. ff. de verborum obligationibus.*

DE FIDEJUSSORIBUS.

TIT. XXI.

Principium Tituli.

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Dispositio tituli: eaque à D. Bocerio reprehensione vindicatur.
- 3 Fidejussor quis dicatur.
- 4 Inter sponsores & fideiussorem differentia: item pras unde dicta.
- 5 Expromissor quis.
- 6 Constitutor quis.
- 7 Mandator quis.
- 8 Fidejussor quid promittat.
- 9 Factum alienum promittitur inutiliter.
- 10 An fideiubere omni jure sit licitum.
- 11 Pignus, pro securitate cujuscunque contractus, necesse permittitur.
- 12 Sine commerciis Respublica subsistere vix potest.
- 13 Contractus & commercia jure gentium introducta.
- 14 Fidejussionis actum pium, & cum humanitate coniunctum esse, exemplis sacris docetur.
- 15 Unusquisque non minus proximum, quam se ipsum, diligere jubetur.
- 16 Explicantur quædam sacra Scriptura loca.
- 17 Syracides quid de fideiussionibus sentiat.
- 18 Abusus rei substantiam non tollit.
- 19 Nemo re sua abuti debet.
- 20 Quilibet rerum suarum moderator & arbiter.
- 21 Petens fideiussorem confidit in carnem, adeoque in hominem instabilem.
- 22 Omnis spes in solo Deo collocanda.
- 23 Quam sollicitudinem Deus prohibeat.
- 24 Nemo cum suo damno alteri benefacere cogitur.
- 25 Domesticorum cura habenda.
- 26 Fideiussores in causa dotis non rectè accipiuntur.
- 27 Pupilli & praesides provinciarum mutuo dare non possunt.
- 28 Quod non est prohibitum, censetur permissum.
- 29 An is, qui iuravit, se nolle fideiubere, deinceps absque periurio fideiussionem subire queat.
- 30 In necessitatibus proximo semper subveniendum.
- 31 Iuramentum temerarium non est obligatorium.
- 32 Iuramentum ad casum omissum & incogitata non extenditur.
- 33 Iurans, se amplius mercatorem esse nolle, quatenus nihilominus mercaturam exercere possit.
- 34 Iurans, se non fore magistratum, nihilominus magistratu fungi poterit.
- 35 Iurans non revelare arcanum sibi commissum, quando illud de tegere teneatur.
- 36 Qui lege permittente aliquid facit, peccare non censetur.
- 37 Quæ persona fideiubere possint, vel non.
- 38 Pupilli & minores quando pro aliis rectè intercedant.
- 39 Milites cur fideiubere nequeant.
- 40 Clerici quatenus ad fideiussionem idonei: ibiq; D. Bocerio obiectiuncula refutatur.
- 41 Fæmina an pro aliis intercedere possint.
- 42 Mulier exceptione senatusconsulti Velleiani uti potest bonâ conscientia.
- 43 Contra iuris prohibitionem factum, non debet esse ratum.
- 44 Leges prohibitoria, in foro etiam conscientia, servanda.

- 45 Deus politias, & earum ordinationes rationabiles approbat.
- 46 Vtrum beneficio senatusconsulti Velleiani mulier renunciare possit.
- 47 De isto beneficio mulier in specie certioranda.
- 48 Vnicuiq; favori pro se introducto renunciare permittitur.
- 49 Fæmina naturâ tenax & avara.
- 50 Donatio mulieris loco mirræ habetur.
- 51 Quæ publici iuris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt.
- 52 Quis contra legem facere dicatur, ibiq; nonnullis instantiis occurratur.
- 53 Quæ in fraudem senatusconsulti Velleiani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet.
- 54 Quid dicatur in fraudem legis fieri.
- 55 Quæ sit tacita sententia legis.
- 56 Ad obiectionem respondetur.
- 57 Alii obiectioni occurratur.
- 58 Mulier, mediante iuramento, renunciare beneficio senatusconsulti Velleiani, non iuvatur.
- 59 Iuramentum est loco certiorationis.
- 60 Mulier enormiter læsa contravenire potest renuntiationi, non obstante iuramento.
- 61 Quibus casibus mulieri, pro alio fideiubenti, non succurratur.
- 62 An minus idoneum fideiussorem recipiens, eum approbasse videatur.
- 63 Minus idoneus fideiussor unde æstimetur.
- 64 Si fideiussor ab initio locuples datus, ex post facto non solvendo effectus fuerit: num debitor alium idoneum fideiussorem dare teneatur.
- 65 An is, qui fideiussores dare tenetur, dando pignora liberetur.
- 66 Aliud pro alio creditori invito præstari nequit: & num. 65.
- 67 Plus cautionis in re, quam in persona.
- 68 Illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum.
- 69 Ordinata charitas incipit à se ipsa.
- 70 An creditor fideiussorem acceptum dimittere, & alium æquè idoneum acceptare cogatur.
- 71 Consideratio l. si mandatu. 45. §. 2. ff. mandati.
- 72 Debitor aliud pro alio solvendo non liberatur.
- 73 Quatenus creditor dimittere debitorem teneatur.
- 74 Quatenus creditor debitori gratificari debeat.
- 75 Regula (quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi incumbit) quando locum non habeat.
- 76 An & quatenus fideiussor obitus sit idoneus, in facto consistit, & tractu demum temporis explorari potest.
- 77 Mens & intellectus l. 2. §. locum. 8. ff. de religioj. & sumpt. funer.

Cum Obligatio fideiussionis non aliter, quam verbis contrahatur, nec sine stipulatione fiat, etiam si obligatio principalis, cui accedit, re, aut literis, aut consensu ineatur. l. 1. §. *verbis. 7. cum §. seq. ff. de oblig. & actionib. l. blanditus. 12. C. hoc tit.* merito ea ad verborum obligationes, de quibus superioribus titulis expositum, refertur. Primò autem explicat Justinianus Imp. quid sit fidejussor, quæve sit causa fideiussionis finalis, in hoc principio. Deinde de materiâ, circa quam versetur, & quibus obligationibus accedere possit fidejussor, tractat. §. 1. Tertiò formam & effectum fideiussionum, quomodo nimirum contrahantur, & quatenus ex his fidejussores obligentur, promiscuè explanat. §. 2. 3. 4. & seqq. Dominus Collega Bocerius hic num. 23. pag. 304. aliam hujus Tituli dispositionem tradit, eamque pro suo more mirè commendat, quasi hujus tituli complexum uberius, & perspicuè magis explanet. Equidem, si proposita hujus tituli dispositio à me esset inventa atque excogitata: eam nullatenus laudarem: cum probè sciam, eos tantum se ipsos collaudare consuevisse, quos gloria vexat inanis. At quoniam ea est ipsius Justiniani Imperatoris; sicuti ex singulis Paragraphis ad oculum demonstrari potest: omnino eam, ceu satis perfectam & sufficientem, retinendam puto. Contrà, non video, quæ arrogantia & temeritatis opinionem effugere valeant ii, qui ipsius Imperatoris operam culpæ atque damnare audent. Fidejussor largâ significatione omnis is dicitur, qui alterius obligationem suscipit, & fide suâ (hoc est, periculo & præstatione. l. *Lucius. 24. ff. hoc tit.*) esse jubet: unde & fidejussor dictus, siue sit fidejussor simplex, siue mandator, siue constitutor, siue expromissor, ut tradit disertè Wesenbec. in *Paratit. ff. eod. num. 2.* Sed propriè loquendo fidejussor appellatur ille, qui per solennem stipulationem, ad maiorem creditoris securitatem, pro principali debitore ita se obstringit, ut obligatio principalis nihilominus duret, salvaque maneat, argumento hujus principii. §. ult. *infr. de replicat. d. l. 1. §. sed aut proprio. 8. ff. de obl. & act. l. Titius. 54. in fin. ff. ad SC. Trebell. l. reos. 23. & l. seq. C. hoc tit.* Qui & sponsor, maxime à veteribus, & in jure nostro ad promissor vocatur. l. *stip. 5. §. satis acceptio. 2. ff. de verb. obl. l. in omnib. 43. ff. de solut. l. si* verò

- vero. 64. §. *sed* & §. 4. ff. solut. matrim. Cicer. libr. 1. & 12. & 16. ad Attic. Quintilian. declamat. 273. Seneca lib. 3. de beneficiis. cap. 15. Cujac. in Nov. 4. circa finem, Pardulph. Pratt. in Lexic. verb. *sponsio* & verb. *sponsores*. Guilielm. Forn. r. in l. *sponsio*. 7. ff. de verb. signific. c. Gædd. in Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 5. conclus. 5. n. 16. 24. & 31. Arumens Exercit. Justin. 13. sub thes. 11. Rober. disput. ad Institut. 16. th. 1. lit. b. Heigius hic num. 2. Anton. Heringius in tract. de fidejussorib. c. 3. num. 30. & cap. 4. num. 65. Vide Döringium in Bibliotheca Jurisconsultorum. tom. 1. in verb.
- 4 ad promissor. num. 1. cum seq. fol. 679. & seq. Tametsi plerique opinentur, inter sponsores & fidejussorem hanc esse differentiam: ut sponsor dicatur, qui suâ sponte, & non rogatus pro alio intercedit: fidejussor verò, qui rogatu sive mandatu alterius intercedere solet. Accurs. in d. Novel. 4. Andr. Barbat. consil. 87. num. 14. vol. 3. Ioan. Brechhaus in d. l. *sponsio*. 7. ff. de verb. signif. Alciat. lib. 1. Parerg. cap. 2. Forcatul. in Necyomant. dialog. 58. num. 5. Barthol. Bertazolius in tractat. clausul. instrument. claus. 39. glos. 1. num. 5. Valent. Franc. in tract. de fidejussoribus. cap. 1. num. 21. & 23. Mynsinger. hic num. 5. Schneidevvinus num. 7. aliq. quos refert & refutat Heringius d. cap. 3. num. 32. & seqq. Præ quoque idem valet, quod fidejussor, dictus quasi præsens, ut innuit Cujacius in Paratit. C. hoc tit. vel à præstando: quia tam debet præstare, quod promissit, quam is, pro quo præfactus est, Varro lib. 4. & 5. de ling. Latinâ. Hinc illud vulgatum: prædibus & prædiis cavere. Rittershus.
- 5 hic pag. 453. Quanquam porrò fidejussori similes sunt expromissor, constitutor, & mandator: ab illo tamen hos differre certum est. Nam expromissor (qui aliàs etiam repromissor dicitur) ille nominatur, qui alienæ obligationi non accedit, ut fidejussor: sed novam principalem init, & reo liberato, se solum ejus loco astringit. §. 1. & eleganter. 7. §. servus. ff. de dol. mal. l. qui libertinus. 37. §. ult. ff. de operis libertor. l. ut res. 53. ff. de contrah. empt. l. si quis. 4. ff. de condit. caus. dat. l. fin. ff. ad SC. Macedon. Francisc. Connan. libr. 6. Commentar. jur. civil. cap. 6. num. 2. Vultejus in hoc princ. num. 5. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 15. cap. 48. lit. a. Idq. copiosissimè differit Heringius d. cap. 4. num. 21. & multis seqq.
- 6 Constitutor nuncupatur, qui per nudum pactum vel epistolam constituit, se soluturum, quod alius jam debet. Semper enim obligationem principalem sequitur. l. 1. §. an potest. 5. & §. seq. l. quidam. 26. ff. de pecun. constitut. Duaren. ad tit. ff. de fidejussoribus cap. 1. in fin. Schneidevvin. hic num. 6. Francus d. tract. de fidejussorib. cap. 1. num. 24. Mandator denique is propriè est, qui alteri mandat, vel ut fidejubeat pro se, aut alio, l. si mandavero. 22. in princ. ff. mand. vel ut pecuniam alicui alteri credat, vel negotia gerat. l. si quis alicui. 27. in princ. ff. d. tit. Hippolyt. de Marsil. in Rubr. de fidejussorib. num. 3. & 6. latè Gæddens in d. Commentar. de contrah. & commit. stipulat. c. 5. conclus. 5. num. 19. & seqq. Vide de prædictis exquisitius agentes, Bachovium in suis not. ad Treutler. volum. 2. disputat. 28. th. 1. lit. A. pag. 887. cum seqq. Philippus Knipschildt exercitat. Acad. 7. th. 2. & 3. pag. 242. cum seqq. Richterum in tractat. de contractib. disput. 8. th. 1. sub lit. a. pag. 190. cum seqq. & Hunnium inibi in suis resolut. quæst. 2. 3. 4. & 5. pag. 275. & seqq. itemque Pyrrhum Maurum Arretinum in tract. de fidejussorib. cap. 1. 2. 3. & seqq.
- 8 Sed huic principio nostro, ex quo patet, fidejussorem appellari, qui pro aliis promittit & obligatur, adversari videtur. l. sicut. 65. ff. hoc. tit. ubi dicitur, fidejussorem promittere debere, se quid daturum vel facturum. Ergo fidejussor non alieno, sed suo nomine obligatur. Verum respondetur: fidejussorem quidem ita promittere debere, se daturum vel facturum: sed subintelligi, si reus principalis non det, non faciat. Itaque fidejussor sic promittens, nihilominus obligatur nomine alieno. d. l. 1. §. sed aut proprio. 8. ff. de obligationib. & actionib. Cur autem fidejussor promittere debeat, se daturum, vel facturum; non verò, reum principalem daturum vel facturum, aut cur sic inutiliter sive frustra promittat, d. l. sicut 65. ff. hoc tit. ratio hæc est: quia fidejussor promittens, reum principalem daturum vel facturum, promittit factum alienum. Id autem inutiliter promittitur, auctore Hermogeniano in d. l. 65. in fine ff. eod. At promittit fidejussor utiliter, se rei prin-

cipalis nomine soluturum. Sic etenim factum suum promittit. l. si ita stipulatus. 97. §. 1. ff. de verb. obligat. Theodor. Marcul. hic pag. 489.

Cæterum priusquam ad explicationem §. 1. & sequentium descendamus: dispiciendum est, & inquirendum; an fidejubere, adeoque fidem suam pro alio interponere, jure tum divino, tum humano permissum sit? Et non obstante Conradi Pellicani, Theologi Tigurini, ad cap. 6. pro verb. & quorundam aliorum delirio, utroque jure fidejussionis actum licitum esse, omnino statuendum est. Etenim vel ex hoc ipso, cujus interpretationem modò in nomine Domini aggressi sumus, titulo (*cui respondet tit. ff. & Cod. & Novell. 4. de fidejussorib.*) evidentissimè constat: fidejussionem non solum actum honestum & licitum, verum etiam in usu commerciorum & vitâ communi valde necessarium esse. Si enim aliter res se haberet: sacratissimi Imperatores, & Jurisconsulti omnes omnem operam lussissent, qui tam varias constitutiones & leges de hac fidejussionis materiâ, diligentia & vigilantia incredibili promulgarunt: tot tamque salutaria fidejussoribus remedia, quibus adversus importunam, & plusquam sanguinolentam creditorum exactionem sese tueri nonnunquam possent, concesserunt. Sed & idem jus Canonicum confirmat. c. tit. de fidejussorib. Nam quamvis ibi Clerici ex speciali ratione fidejubere prohibeantur, ut dicetur infra num. 40. laicis tamen id omnino permissum esse, liquet ex cap. fin. eod. ubi tres ponuntur casus, quibus fidejussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut à fidejussione liberetur. Unde manifestum fit, quòd fidejussio quædam valida præcesserit, à qua istis casibus fidejussor liberetur. Knipschildt d. exercitat. 7. quæst. 1. pag. 252. Deinde dubium non est ullum, quin pro securitate cujuscunque contractus pignus necesse permittatur. l. res hypotheca. 5. ff. de pignorib. & hypothec. l. legata. 9. §. ult. ff. de suppellect. legat. Ergo & fidem pro securitate cujuscunque obligationis necesse interponi; posse, non dubitandum est. §. 1. infr. hoc tit. l. 1. & l. Gracæ. 8. §. generaliter. 6. ff. eod. Nulla quippe ratio luculenta dictat, cur fidejussionis contractus non æquè, ac pignoratitius permitti sustinerique debeat. Præterea absque Reipublicæ ruinâ & interitu commercia tolli aut impediri nequeunt: utpote sine quibus ipsa Respublica subsistere vix, ac ne vix quidem potest, arg. l. quòd si minor. 24. §. 1. ff. de minorib. l. cum plures. 12. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Unde de contractus atque commercia non solum utilitate suadente, sed & necessitate exigente, jure omnium gentium introducta esse, post Hermogenianum IC. in l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. astruit Justinianus Imper. in §. sed jus quidem. 2. vers. jus autem gentium: supr. de jur. natur. gent. & civ. Atqui tollerentur è medio, aut certè impedirentur contractus & commercia, si fidejussio omnis tolleretur. Siquidem nemo facile reperiretur, qui egenti & inopi homini sine fidejussore crederet, eive in commerciis fidem haberet. Adhæc exemplis, ex Sacra Scripturâ petitis, satis docemur: fidejussionis actum & pium & cum humanitate conjunctum esse. Nam Genes. cap. 42. v. 37. & c. 43. v. 9. cum Josephi fratres, Jacobi Patriarchæ filii, fratrem suum natu minimum (Benjamin) prout jussi erant, Josepho sistere & secum abducere vellent, Jacobus verò repugnaret: Ruben, & Judas fidem suam pro Josepho interposuerunt, seque Jacobo patri sponsione obligarunt. Sic & Timotheus captus Dositheo & Sosipatri fidejussorem dedisse perhibetur. libr. 2. Macchabæor. c. 12. v. 24. & 25. Sic quoque Samaritanus ille apud Lucam c. 10. v. 35. pro eo, qui in latrones inciderat, ab iisque vulneratus erat, fidem suam apud hospitem interposuisse censetur, inquiens: curam illius habeo, & quodcunq. supererogaveris, ego, cum rediero, reddam tibi. Similiter Divus Apostolus Paulus in Epistola ad Philemonem. v. 21. fidem suam pro servo fugitivo Onesimo interposuit. Quod sanè vas illud electionis neutiquam fecisset: si id vel à pietate alienum, vel verbo Dei contrarium fuisset. Deniq. unusquisque non minùs proximum, quam se ipsum diligere, eique in angustiis & necessitatibus succurrere jubetur. Lev. 19. v. 18. Matth. 22. v. 30. Marc. 12. v. 31. Rom. 13. v. 9. Galat. 5. v. 14. Jacob. 2. vers. 8. Proverb. c. 24. v. 11. & 12. Si itaque proximus à creditoribus urgeatur vel prematur: aut verò pecuniâ indigens, sine

sine sponsoribus mutuam accipere nequeat: charitas utique & dilectio proximi suadet, eum necessitate & egestate pressum juvari. Atque hanc, ceu verissimam sententiam, amplectuntur Carolus Molinæus in tract. commerciorum, & usurarum, &c. quest. 32. num. 253. Francus d. tract. de fidejussorib. in prolegom. num. 11. & seq. Petrus Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 8. quest. 25. num. 34. hosque laudans Antonius Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 1. num. 20. & novissime Helfricus-Viricus Hunnius libr. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 5. quest. 1. item in dictis resolut. ad Trentler. vol. 2. disputat. 28. thes. 1. quest. 1. pag. 173. & seq.

16 Cui primò non obstat, quòd sapientissimus Rex Salomon fidejussionem disertè prohibere videtur, Proverbior. cap. 6. vers. 1. & 2. cap. 17. vers. 18. cap. 22. vers. 26. & 27. Et enim allegatis in locis Rex Salomon verè charitatis & fidejussionis officia haud omnino improbat: sed incommoda solummodo sponsonum temerariarum & inconsultarum exaggerat; monetque imprudentes & rerum imperitos patresfamilias, ut sponsuri pro alio, nihil temerè aut inconsideratè agant, ne se suosque in præsentissimum facultatum suarum periculum præcipitent: quemadmodum rectè illic ex Patre suo, Luca Osiandro, annotavit Andreas Osiander, Universitatis Tübingensis olim Cancellarius.

17 Secundò minùs obstat, quòd legitur apud Syracidem cap. 29. vers. 24. & 25. his verbis: Repromissio nequissima multos perdidit dirigentes, & commovit illos, quasi fluctus maris. Vos potentes gyrans migrare fecit, & vagati sunt in gentibus alienis. Nam & Syracides fidejussione homini christiano nequaquam interdicit: sed de immaturis tantum, nimis frequentibus, & inconsultis fidejussionibus loquitur. Quòd enim fidejussionem in universum non tollat: satis clarè ex eo liquet, quòd pulcherrimo encomio in d. cap. 29. vers. 19. ornat illam, qui pro amico & proximo fidem suam interponit, virum bonum illum vocans, & monens debitorem, ne gratiæ fidejussoris obliviscatur; cum pro ipso dederit animam suam. Et quamquam aliquando fidejussio cum summo rei familiaris detrimento conjuncta est: id tamen potius debitoris vel perfidiæ, vel inopiæ, sicque casui fortuito, quam vicio hujus contractus est tribuendum. Abusum autem rei substantiam non tollere, tralatitium est, teste Ioanne Goropio Beccano in Becceslanis. libr. 1. pag. 117. eumque citante Flewingio d. c. 1. num. 39. Nihil igitur aliud Salomoni & Syracidi propositum fuit, quam ut detererent homines à nimis frequenti & inconsulta fidejussione:

— quam semper adhærens

Infelix humili gressu comitatur egestas.

Vt canit Claudian. lib. 1. in Rufinum. Et elegantissimè Ausonius pag. 49.

— Sponde, noxa tibi præsto est:

Per mille possum currere exempla, ut probem,

Prædes vadesque, pœnitudinis reos:

Sed nolo quenquam nominatim dicere.

Sibi quisque vestrum dicat, & secum putet:

Spondere quantum fuerit & damno & malo.

19 Tertiò non obstat, quòd nemo re suà abuti, eamve dilapidare debeat: & Reipubl. intersit, ne quis patrimonium suum abliguriat, neve rem suam culpā aliquā minorem faciat. §. sed & major. supr. de his, qui sui vel alieni jur. sunt. l. sed & si 25. §. consuluit. 11. ff. de petit. hereditat. Sed pro aliis fidem suam obstringere & obligare, nihil aliud est, quam dilapidare, reque suà abuti; ut, post alios, scriptum reliquerunt Robert. Marant. disputat. 6. num. 13. Cephalus consil. 219. num. 26. lib. 2. Gail. lib. 2. observat. 83. num. 15. & Fulvius Pacianus. lib. 2. de probat. cap. 54. num. 81. & sequent. Nam respondetur primò: quòd falsum sit, eum, qui fidejubet, donare aut dilapidare. l. 1. §. si fidejussit. 19. ff. si quid in fraudem patroni factum si. Quin, etiam si quid solvit, actione mandati repetere poterit, ut patet ex §. si quid autem. 6. infr. hoc tit. ubi id explicabitur

fusus. Deinde cum quilibet rerum suarum sit moderator & arbiter, etiam abutendo, l. in re mandata. 21. Cod. mandati. idcirco licet Reipubl. intersit, ne quis re suà malè utatur: inde tamen non sequitur, ei re suà malè uti prorsus non licere. Præterea is demum fidejubendo re suà malè uti censetur, qui temerè, inconsulte & imprudenter pro eo, quem novit solvendo non esse, fidem suam interponit. Denique pro fratre & amico etiam perdere pecuniam nostram jubemus. Syracid. cap. 29. v. 13.

Quartò non obstat, quòd obijcitur: petentem fidejussorem non solum confidere in carnem & sanguinem, atque adeò hominem instabilem: sed etiam sibi ipsi nimium tribuere, pollicendo nimirum sibi certitudinem de contingentibus & planè dubiis, quæ ex solâ Dei providentiâ pendent: cum tamen Deus præcipiat, ne simus solliciti de crastino: sed toti ex ipso pendeamus. Matth. cap. 6. vers. 31. & seqq. Etli enim soli Deo Optimo Maximo est fidendum, in eoque omnis spes collocanda: inde tamen inferendum non est, quòd is, qui amico suo pecuniam credens, plenam ipsi fidem habere recusat, sed fidejussorem ab eo exigit, se à Deo avertat, ipsiusque providentiæ voluntatem suam præferat. Neque enim Deus omnem sollicitudinem prohibet: sed eam duntaxat, quæ cum diffidentiâ erga divinam ipsius providentiâ conjuncta est. Nam quemadmodum mandat, ne quis fratrem suum in negotio circumveniat. 1. ad Thessaon. cap. 4. vers. 6. ita etiam permittit, ut qui libet rem suam familiarem honesto modo augeat, & sollicitè sartam rectam tueatur & conservet. Siquidem nemo cum suo detrimento & damno, & ut sibi sit afflictio, alteri benefacere aut commodare cogitur. 2. Corinth. cap. 8. vers. 13. l. sed si quis. 7. ff. testament. quemadmodum aperiunt. Unde Salomon fontes nostros ita foras derivari, & misericordiam proximo exhiberi vult, ut nos dominium illorum retineamus: & ne nobis desit, extraneique fortè impleantur proventibus nostris. Proverb. cap. 5. vers. 16. & 17. Imò si quis suorum, & maxime domesticorum, curam non habet; fidem negavit, & est infideli deterior, pronunciant Divo Paulo 1. Tim. 5. vers. 8. Cui convenienter ait Seneca: Dabo egeni, sed ut ipse non egeam: succurram perituro, sed ut ipse non peream. lib. 2. de benefic. c. 15.

Quintò & ultimò non obstat, quòd in causa dotis fidejussores non rectè accipiantur. tot. tit. Cod. ne fidejussores dot. dentur. & quòd pupillis, minoribus, fœminis, militibus, & nonnullis aliis fidejussione sit interdictum. l. de die. 8. §. 1. ff. qui satisfacere cogantur. l. milites. 31. Cod. de locato. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc tit. numero 3. Sicut enim propterea, quòd pupilli, prædes provinciarum, & alii mutuò dare non possunt. A non omnis. 19. §. 1. l. principalibus. 33. ff. de reb. credit. non sequitur, mutui contractum illicitum esse. Syracid. cap. 29. vers. ita etiam haud consequens est, ob id in universum fidejubere non licere: quòd quædam personæ à fidejussionibus arceantur. Quinimò fortius inde colligitur: id, quòd aliis prohibitum non est, permissum esse censerem, argument. l. cum prator. 12. in princip. ff. de judic. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratoribus. Hering. d. cap. 1. num. 35. Remanet itaque: omnino licitum esse, propter summam necessitatem & utilitatem fidejubere: si modò cautè agamus, nec nimia & frequentia fidejussione nobis nostrisque bonis damnum inferamus.

Illud quoque hoc loco in disquisitionem vocandum est: ecquid ille, qui jurejurando suo confirmavit, se pro nemine fidejubere velle, fortè ne repentinis rei familiaris damnis implicetur, si postea ab amico egente rogatus fidem interponat, obligetur? Et licet multi existiment: eum, qui juravit, se nolle fidejubere, deinceps absque perjurio nullo modo fidejussionem in se suscipere posse. Hippolyt. de Marsil. in rubric. de fidejussorib. num. 204. Fernand. Vasq. de success. creat. §. 158. Antonin. Tessaer. decis. 123. num. 19. Antonius de Padilla in l. ne passim. 13. num. 12. in fin. Cod. de jur. & fact. ignor. attamen æquitati veritatiue propius accedunt,

statuentes: fidejussionem istam, quæ pro amico inope interponitur ab eo, qui pro nemine se jurare velle juravit, omnino valere. *Ioan. Andrea in addit. ad Speculac. rubr. de jurejur. Bartholomæus Brixienfis in questionibus dominicalib. q. 35. Dominic. de S. Geminiano in c. fin. de foro compet. Ioan. Saizon. in consuetud. Turon. tit. 35. art. 1. glos. 2. in fin. Steph. Aufrer. in addit. ad Capell. Tholos. decis. 130. Robert. Marant. in speculo suo anr. p. 6. act. 9. n. 50. Petr. Peck. in c. non est obligatorium. num. 4. de reg. jur. in 6. Covarruv. in c. quamvis. part. 1. §. 6. num. 7. cod. tit. Rutger. Ruland. in tract. de Commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. num. 9. eosq. cum aliis referens Anton. Hering. in d. tract. de fidejussorib. c. 1. n. 64.*

30 Si quidem in necessitatibus semper proximo nostro subveniendum est. *can. scut. 8. Distinct. 47. & can. pasce. 21. Distinct. 86. nec per juramentum nostrum ab isthoc officio nos subtrahere debemus, aut possumus. c. si diligenti. 12. de foro competenti. can. innocens. 23. post medium vers. juramentum itaque ibi, indigentimisericorditer non subvenire. caus. 22. quest. 4. Ioannes de Selva in tract. de jurejur. part. 3. n. 22. & seqq.* Adhæc jurans non fidejubere, aut cogitavit hunc casum tempore juramenti, quod videlicet amicum suum, in extremis angustiis constitutum, si modo fidem suam pro ipso obliget, liberare possit: & hoc casu juramentum non solum est contra bonos mores, & dilectionem proximi: verum etiam est temerarium, quod nulum obligationis vinculum inducit. *c. intimavit. 18. de testib. & attestat. c. pervenit ad audientiam. 4. de testib. c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. d. c. si diligenti. 12. in fine de foro compet. l. non erit. §. §. sed si quis. 3. ff. de jurejur.* Aut verò non cogitavit: & tunc juramentum illud ad casum omissum non extenditur. Regulare quippe est, juramentum non extendi ad ea, de quibus tempore interpositi juramenti non fuit cogitatum. *c. veniens. 16. & ibi glos. in verb. præscripsisset. &c. Quinta vallis. 23. ibiq. glos. in verb. exheredaret. de jurejurand.* Hucque confert, quod alibi in similibus terminis Doctores tradunt: illum, qui juravit, se amplius mercatorem esse nolle, non obstante isto juramento, nihilominus posse mercaturam exercere, si aliter vivere nequeat. *Archidiacon. Guido de Bayssio, in can. animadvertendum. 22. quest. 2. Panormitan. in c. si verò. 8. col. 3. de jurejurand. Benvenutus Straccha in tractat. de mercatura part. 3. num. 37.* Sic illum, qui juravit, se non fore magistratum, vel suscepturum officium, etiam si millies eligatur, posse nihilominus, non attento illo juramento, magistratu fungi, decedit Ludovicus Roman. *sing. §. 17. incip. quid si nunc jurat. per l. final. in princ. ff. ad municip. 100. num. 4. cum seqq. & Bernard. Gravæus in conclus. pract. Cam. Imper. conclus. 100. considerat. 1. argum. l. 1. §. 1. ff. de testibus.* Quorum omnium nulla alia reddi solet ratio, quam quod juramentum illud partim est illicitum, partim etiam contra bonos mores & temerarium: id quod explicatius persequitur Heringius *d. c. 1. n. 72. & aliquot seqq. ubi num. 82. cum seqq.* non sine ratione subjicit: eum, qui non observato juramento, vel etiam non impetratâ absolutione, pro amico inope & egenti fidem interponit, à perjurio excusatum, nec ipso jure absolutione opus esse. Qui enim lege permittente, & gratiam jurisjurandi faciente (quod loco absolutionis cedit) aliquid facit, pejerasse non censetur. *l. ult. ff. qui satisdare cogantur. d. l. fin. in princ. ff. ad municip. l. Gracchus. 4. Cod. ad leg. Jul. de adult. can. cui est illata. 43. caus. 11. q. 3. Gail. d. lib. 1. obs. 100. num. 3. Mascard. d. quest. 5. n. 55. & seqq. Knipschildt d. exercit. Acad. 7. quest. 2. pag. 254. & seqq.*

37 Porro & illud non abs re explicandum venit, quæ personæ fidejubere possint. Frustra namque sequentium tractatio instituetur, nisi prius exploratum perspectumque habeatur, quinam pro fidejussoribus in jure nostro admittantur, & qui vicissim à contractu fidejussionis repellantur. Quâ in re observanda est regula hæc generalis: Omnes

fidejubere possunt, qui stipulari & obligari possunt. *l. qui satisdare. 3. ff. hoc tit.* tam patres, quam filii familias *l. si dubitet. 10. §. filiusfamilias. ff. eod. l. licet tamen. 3. §. sed si filius. 9. ff. de pecul. l. filiusfamil. 8. Cod. hoc tit.* nisi specialiter prohibeantur, arg. *l. mutus. 43. §. 1. ff. de procurator. l. cum prætor. 12. ff. de judic. & l. qui accusare. 8. ff. de accusationib. Azo in summa C. hoc tit. n. 4. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 68.* Itaque fidejubendo obligari nequeunt infantes. *l. 1. in princ. ff. de verbor. obligat. furiosi. §. furiosus. 8. supr. tit. proximo. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de obligat. & act. l. si à reo. 70. §. si à furioso. 4. ff. hoc tit. l. in negociis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de reg. jur. prodigi. l. 1. ff. de curatorib. furioso, & aliis, & c. l. is, cui 6. ff. de verb. oblig. muti & surdi d. l. 1. §. penult. & ult. ff. de obl. & act. d. l. 1. in princ. ff. de verb. obl. Borcholt. in Comment. de verb. oblig. c. 3. n. 2. cum seq. Gædd. in Comment. de contrah. & committ. stipul. cap. 7. concl. 15. n. 282. & seqq.* Caterum pupilli & minorestum demum, si tutorum curatoremve auctoritas accesserit, pro aliis rectè intercedunt: quamvis in integrum restitui possint. *l. ait prætor. 7. §. non solum. 3. ff. de minorib. l. si Titius. 48. §. 1. ff. hoc tit. l. si curatorem. 3. Cod. de in integr. restitut. minor. l. 1. Cod. de filiofam. minore. tot. tit. C. si tutor vel curat. intervenierit. eoque pro idoneis fidejussoribus non habeantur. l. de die. 8. §. 1. ff. qui satisdare cogant. Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 3. à Richter. d. disp. 8. th. 1. sub lit. e. pag. 196. & seqq.* Similiter servi extra rem pecuniarem. *l. servus. 19. ff. hoc tit. l. cum quis. 38. §. de peculio. 2. ff. de solut. & milites, fidejussores idonei haud censentur. d. l. de die. 8. §. 1. ff. qui satisdare cog. l. milites. 31. C. de locato. ubi ratio hujus rei hæc assignatur: ne milites, quasito negociorum forensium colore, à studio militiæ avocentur; neve exactionibus, dum militandum est, vexentur. Quæ ratio cum adhuc in nostri seculi militibus locum habeat; ad eos quoque privilegia juris Rom. pertinere, verisimilius est, arg. *l. illud quasitum. 32. in princ. ff. ad leg. Aquil. & l. præcipimus. 32. in fine. Cod. de appellat. Bachov. in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. C. pag. 899. cum seqq. & Hunnius ibidem in resol. quest. 10. pag. 182. & seqq.* Idque copiosius explicuimus supra ad principium tit. de militari testament. num. 4. & aliquot seqq. Præterea licet clerici ad fidejussionem non satis idonei reputentur: dati tamen fidejussores obligantur. *cap. 1. ext. hoc tit. can. te quidem. 26. caus. 11. quest. 1. & utrobique Gloss. & Canonista communiter. Angelus de Clavasio in sua sum. verb. fidejussor. num. 6. Hippolyt. de Marfil. in repetit. Rubr. de fidejussor. num. 309. & seqq. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 18. Petr. de Raven. singul. 200. Ludovic. Rom. consil. 400. num. 7. Ioan. Iac. à Camb. in tract. de execut. ult. volunt. part. 1. quest. 3. num. 22. Valent. Francus in tract. de fidejussor. cap. 2. n. 234. Gædd. d. cap. 7. conclus. 18. num. 306. aliq. plures relati ab Heringio d. tract. de fidejussorib. cap. 7. num. 249. & seqq. ubi hanc rem pluribus limitationibus accuratè declarat. Tametsi ab hac communi sententiâ divortium faciant Bachovius in dictis not. ad Treutler. vol. 2. disput. 28. th. 2. ad lit. E. pag. 904. cum seqq. & Hunnius d. resolut. quest. 12. pag. 185. & seqq.**

Sed & novissime Dn. Collega Bocerius *hic num. 79. pag. 313.* singulari errore ductus, hanc communem sententiam erroneam, ejusque affeclas omnes errore duci scribit. *Qui enim (inquit) lege quid facere prohibetur, factum ejus pro nullo & pro infecto habetur. l. non dubium. §. C. de legib. Et qui facit, quod facere non debuit, nihil fecisse dicitur. l. si pupillorum. 7. §. si prætor. 3. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. &c. Et non nisi absurdè dicitur: Clericus fidejubere non potest: si tamen fidejusserit, tenetur. Qui enim teneri potest ex eo, quod facere non potest? &c.* Has rationes Dn. Boc. (cui aliàs religio est, alienam operam suis Commentariis apponere: sicuti supra quoque attigimus ad §. præterea. 3. quib. mod. re contrah. obl. n. 20.) ex Ant. Heringio d. tr. de fidejussorib. cap. 7. num. 251. & duobus seqq. repetiit: nec eum tamen allegavit. Mihi sane religio esset, operâ aliorum Auctorum uti, & eosdem præ nimio fastu non dignari, ut eorum debitam mentionem facerem. Verum, ut ad rem ipsam perveniamus: prædicta argumenta, licet ob ea etiam Heringius d. loco, non nihil de veritate nostræ sententiæ dubitet; non tamen tanti sunt momenti, ut nobis contrarium persuadere queant. Nam omnia uno ictu

concedunt, si modo animadverterimus; clericum non simpliciter prohiberi fidejuberem. Etenim quantum quidem ad Ecclesiam, vel res Ecclesie, quas obligare non potest, fidejuberem prohibetur. *c. quod quibusdam. 4. extr. de fidejussor. ne scilicet per hanc occasionem sanctis domibus damnum fiat. Novell. 123. cap. 6.* Sed quantum ad res patrimoniales, vel alias, quas obligandi facultatem habet, nupiam ipsius fidejussio prohibita reperitur: sed saltem officii sui admonetur clericus, quod non facile negociis secularibus se immiscere, aut fidejuberem, verum omnes hujus vitæ occupationes abjicere debeat: ne præfocatus præsentibus hominum curis, verbo Dei vacare non possit. *d. can. requidem. 26. caus. 11. quest. 1.* Cæterum si quandoque contigerit, ut clericus fidejussor extiterit: nulla ratio firma datur potest, cur fidejussio non valeat.

41 De fœminis, an fidejussionis munus obire, & pro aliis intercedere possint, quæritur: Et, propter senatusconsultum Vellejanum, efficaciter non posse, respondetur. *l. 1. l. 2. § tot. tit. ff. § Cod. ad SC. Vellejan. l. qui satisfacere. 3. § l. si Titius. 48. in princ. ff. hoc tit. Duaren. ad eundem titulum. cap. 4. Gomez. d. cap. 13. num. 8. § 16. Horat. Carpanus ad statut. Mediolan. part. 1. cap. 44. num. 29. Hering. d. cap. 7. n. 389. § seqq. Matthias Berlichius part. 2. conclusio. practicabili-*

42 *l. ium. concl. 19. n. 2. § seqq.* Idque adeo verum esse credendum est, ut non solum in foro fori sive soli, *ut loquuntur*; sed foro etiam poli procedat: hoc est, ut mulier ista Senatusconsulti Vellejani exceptione seu beneficio possit uti, non tantum ratione politicâ, verum etiam bonâ salvâque conscientiâ, sicque denegare solutionem ejus, quod intercedendo promissit: imò condicere etiam, quod errore tum facti, tum hujus juris solvit: cum indebitum omnino sit, infirmatâ à Senatusconsulto obligatione. *l. quamvis. 8. § interdum 3. ff. ad SC. Vellejan. § l. quamvis. 9. C. eod. l. qui exceptionem. 40. in princ. ff. de condict. indeb. Novell. 134. cap. 8.* Et illud receptum censetur, tum ob naturalem quandam defectum ac imbecillitatem, sive lubricum & temerarium consilium mulierum. *l. 2. ibiq. Dd. ff. de reg. jur. d. l. 1. § 2.*

43 *§ passim. ff. ad SC. Vellejan. 1. Petr. 2. vers. 7.* Tum quod ab homine contra juris prohibitionem factum, ratum esse non oportet. *l. non dubium. §. Cod. de legib. § inibi Iason. num. 9. § 18. item in l. post dotem. 40. num. 32. §*

44 *33. ff. solui. matrimon.* Ejusmodi namque leges & constitutiones prohibitorias, quæ publicâ auctoritate ob justam rationem factæ sunt, in foro etiam conscientie servandas esse, nec sine peccato ab iis recedi posse in judican-

45 do, hæc ratio suadet: quod Deus politias, earumque ordinationes rationabiles approbat, sancitque, ut violatores non impuniti dimittantur, *Roman. 13. Philipp. Melanchth. in loc. commun. de magistr. civ. § Wolff. Muscul. in loc. commun. de magistr. q. ult. in fin. vers. disputant nonnulli, &c. quos refert § sequitur Gœddens d. capit. 7. conclus. 16. num. 290. Et hinc adstipulatur Paul. Berens Disput. ad Instit. 10. them. 2. quest. 1.* Sed videatur Valentinus Francus d. tract. de fidejussoribus. cap. 2. num. 147. § seqq. ubi an & quatenus mulier fidejubeat possit, variis ampliacionibus & exceptionibus illustrat. Videatur quoque eâ de re Pyrrhus Maurus in tract. de fidejussoribus. part. 2. cap. 3. pag. 69 §. & subseq. Quando autem ipso jure nulla sit mulieris fidejussio, & quando ejus nomine exceptio detur, liquet ex *l. antiqua 23. §. ultim. C. ad SC. Vellejan.* & fufius explicat D. Bocerius hic num. 28. § seqq. pag. 305. § seqq.

46 Cæterum utrum beneficio senatusconsulti Vellejani renunciare mulier valeat, diu multumque agitata questio est: Et quanquam illud complures negant. Bartol. Alberic. de Rosat. Paulus Castrensis. Salicet. & alii in *l. ult. §. ult. ff. ad SC. Vellejan.* Cynus & Angel. ad *l. ult. C. eod. Bolognetus consil. 45. num. 6. cum seq. Ioan. Vincent. Hondedans consil. 45. n. 18. volum. 1. part. 3. Ioan. Zanger. in tract. de except. part. 3. cap. 9. num. 47. ed. 1. Covarruv. in c. quamvis de pact. lib. 6. pag. 2. §. 3. num. 5. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 17. ibiq. Soarez in addit. Connan. lib. 6. Commentar. iur. civ. cap. 8. num. 9. Duaren. & Wesenbec. num. 9. ad tit. ff. ad SC. Vellejan. Donell. lib. 12. Commentar. de iur. civ. c. 32. vers. quantum factum, &c. pag. 128. ibiq. Hilliger in not. lit. d. Ant. Faber. in rational. ad l. 8. §. 1. ff. qui satisd. cog. Pius Polant. quest. 99. Dominic. Card. Tusch. tom. 5. practic. con-*

clusit. *M. cap. 421. num. 4. cum seqq. Tessaure. decis. pedem. 222. num. 3. § seqq. Francus d. tract. de fidejuss. cap. 7. num. 189. § seqq. Grammatic. decis. 76. num. 20. Ayer. in suo process. historic. part. 1. cap. 11. observ. 3. num. 17. Berlich. d. conclus. 19. num. 16. § seqq. Arnumaus Disp. 12. Pandect. th. 7. Knipschildt d. exercitat. 7. quest. 4. pag. 257. cum seqq. § Hunnius lib. 3. variar. resolut. iur. civ. tractat. 5. quest. 2. vers. sed mihi illorum, &c. affirmantium tamen sententia 47 (dummodo prius de isthoc beneficio mulier in specie per Notarium certioretur, quale nimirum sit, & quâ prærogativâ suffultum, Bald. ad l. 1. C. ad SC. Vellejan. Fulgos. in d. l. ultim. §. ultim. ff. eod. Anton. Gabriel. lib. 2. commun. conclus. tit. de jure iur. conclus. 3. Hippolyt. de Marsil. ad rubr. de fidejussor. num. 31. § 37. Decis. Capell. Tholos. 37. Gail. lib. 2. observat. 77. num. 3. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. V. num. 5. Franc. Bursat. consil. 149. n. 42. lib. 2. Henr. Breunlaus in tractat. de renunciat. filiar. caus. 3. c. 8. num. 4. § 5. Hering. d. cap. 7. num. 473. § seqq. ubi id explicatius persequitur.) mihi magis probatur: eaque & consuetudine & legibus niti firmiterque videtur, non modò si mulier renunciet in iudicio, tutelam suorum liberorum suscipere volens. *Auth. matri. § lult. C. quando mul. tutel. officio fungi pot. Novell. 94. cap. 2. § Novell. 118. cap. 5. sed & si extra iudicium, atque extra causam illius tutelæ, huic beneficio renunciet. l. quamvis. 8. § si mulier post. 10. l. penult. § lult. § si mulier. pro eo. 4. ibique Accurs. & Gothofred. ff. ad SC. Vellejan. l. jubemus. 21. Cod. eod. tit.* Hucque facit & hæc ratio; quia Senatusconsulto Vellejano succursum est tantum simplicitati, imbecillitati, credulitati & ignorantie sexus muliebris. *d. l. 2. §. 2. § 3. ff. ad SC. Vellejan.* Sed quæ scit, illud Senatusconsultum esse in favorem suum introductum, & tamen eo uti non vult, vel paciscitur, se non usuram: non videtur esse decepta: ac proinde ad illam prædictum Senatusconsultum non pertinet. *l. quod autem. 6. §. præterea. 9. ff. que in fraud. creditor. § l. nemo. 145. ff. de reg. iur.* Accedit quoque generalis regula: quod unicuique bene-48 ficio ac favori pro se introducto renunciare permittatur. *l. si index. 41. ff. de minorib. l. penult. C. de pact. l. si quis in conscribendo. § 1. C. de Episcop. & cleric. l. queritur. 14. §. si venditor. 9. ff. de edil. edict. Novell. 136. cap. 1. vers. cum non videantur, &c. cap. ultim. in fine. de crimine falsi.* Qui autem pro se habet regulam, illius intentio satis fundata intelligitur. *l. suus quoq. 4. §. 1. ff. de heredib. instituend.* Non igitur videtur velle Senatus, ut mulier omnino utatur exceptione; sed ut possit uti, si velit: quandoquidem invito beneficium non datur. *l. invito. 69. ff. de reg. iur. hoc iure. 19. §. non potest. 2. ff. de donationib.**

Neque huic assertioni refragatur, quod muliereâdem 49 levitate & facilitate ad renunciandum exceptioni senatusconsulti induci possit, quâ pro aliis interveniat. *argum. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib.* Nam primò verisimile haud est: fœminam, de privilegio suo prius ritè certioratam, atque aliâ naturâ valde tenacem & avaram, facile renunciaturam esse: propterea quod renunciatio ista donationem sapit. *arg. l. si mulier. 10. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec. l. si quis delegaverit. 12. ff. de novat. Andr. Ranchbar. in questionib. iur. civil. § Saxon. quest. 39. num. 7.* Donatio verò in muliere usque adeo non præsumitur, 50 ut Baldus mulieris donationem miraculi loco habendam esse asserat, in *l. si à sponso. 16. in fin. C. de donationib. ante nupt.* eumque referens Decianus in resp. 32. n. 7. vol. 3. Deinde respondetur: pertinaciam mulieris & privilegii contemptum, non fragilitatem aut imbecillitatem censendam esse, quando edocta de jure suo, nihilominus beneficium sive privilegio sibi competenti renunciavit.

Similiter non refragatur, quod ea, quæ publici juris sunt, pactis privatorum tolli nequeunt, *l. ius publicum. 38. ff. de pact. l. nec ex pratorio. 27. ff. de reg. iur.* Sed beneficium Senatusconsulti Vellejani, fœminis competens, jus publicum continet. *l. 2. ff. d. 1. iunctâ l. 2. §. verba. 2. ff. ad SC. Vellejan.* Ergo mulier huic beneficio renunciare nequit. Non, inquam, refragatur: quoniam major propositio intelligitur de his, quæ jus commune, id est, leges aut mores nominatim vel præcipiunt, vel vetant fieri; & ostendit, contra hæc leges aut mores conventionem privatorum aliud induci haud posse, tradente Cujacio ad d. l.

Jus publicum. 38. ff. de pact. Atqui nullâ lege, nullisque moribus mulier nominatim prohibetur renunciare beneficio Senatusconsulti Vellejani. Ergo renunciationem illam non impedit sententia dicta *l. i. jus publ.* 38. ff. eod. aut dicta *l. nec ex* § 2 *prator*. 27. ff. de reg. jur. Ille enim contra legem quid facere dicitur, qui id facit, quod lex prohibet. *l. contra legem*. 29. ff. de legib. Non autem prohibet Senatusconsultum Vellejanum, ne mulier suo privilegio renunciaret. Ideoq; renuntiatio mulieris isti senatusconsulto contraria non censetur. Nec bene regeatur, quod arctius sit vinculum inter maritum & uxorem, quam inter extraneos. *l. i. ff. de rit. nupt.* Sed uxor pro marito, ut maximè consentiens, intercedere non possit. *arg. principii tit. supr. quibus alien. lic. vel non.* Ergo multò minùs intercedet pro extraneo. Nam respondetur: ibi periculosiorem & suspectiorem esse intercessionem, ubi species amoris major; quâ specie quid non in animum uxoris induci poterit? quod damnum ea non suscipiet? Atque hæc fuit causa, quod primùm edictis Divi Augusti & Claudii mulieribus tantum interdictum fuerit, ne intercederent pro viris. *l. 2. in princ. ff. ad SC. Vellejan.* Quæ utique ratio in extraneis non valet. Ast instare quis posset ulterius: senatusconsultum Vellejanum plenissimè succurrere fœminis: ac proinde eas nullo modo renunciare posse. *in l. i. in princip. ff. eod. tit.* Verùm respondetur: vocem (plenissimè *in d. l. i.*) non significare, quod fœminæ privilegio suo renunciare non possint; sed quod Senatus non solum uxoris, verùm etiam omnibus omnino fœminis subveniat. *l. 2. §. i. ff. eod. prohibeatque eas tam pro viris, quam pro fœminis intercedere: quod primitus non ita erat. Paul. lib. 2. sentent. tit. i. i. ad senatusc. Vellejan.* Neque movet quicquam, quod specialis renuntiatio permittitur in casu, ubi mater vel avia liberorum suorum tutelam suscipit. *d. Auth. matri. C. quando mulier tutel. offic. fungi pot. & d. Novell. i. 18. c. 5.* ac ea propter regulariter illi non permittitur renunciare: alioquin frustra illud specialiter concessum fuisset. Breviter enim dicendum: renunciationem non permitti matri & avia; sed, si onus tutelæ subire velint, inungi.

§ 3 Non quoque refragatur: quod ea, quæ, in fraudem Senatusconsulti Vellejani excogitata probari possunt, rata haberi non oportet. *l. quidam. 29. in fine. ff. ad SC. Vellejan.* At renuntiatio illa fieri putatur in fraudem Senatusconsulti Vellejani. Proinde rata haberi non debet. Hoc, § 4 *inquam*, argumentum non refragatur. Quia negatur, & pernegatur, istam renunciationem in fraudem illius Senatusconsulti fieri: cum illud tantum in fraudem legis fieri dicatur, quod legis sententia fieri noluit, tametsi verbis apertè non vetuerit, siue quamvis non verbis fieri noluerit. *d. l. contra legem. 29. & l. seq. ff. de leg.* Sed quod senatusconsulti illius sententia noluerit, ut mulier renunciaret isti beneficio suo, non apparet *ex d. l. 2. §. i. ff. ad SC. Vellejan.* ubi Senatusconf. illud proponitur: nec ex ullâ aliâ lege ejusdem tituli constat. Sententia autem legis tacita est illa, quæ ex interpretatione legis inducitur, non tamen à quovis, sed à legum conditoribus, ut arguit textus *in tit. supr. de legitimâ patron. tutel. & §. ult. infr. tit. de lege Aquil.*

§ 6 Præterea non refragatur, quod si mulier post primam intercessionem intra biennium denuo intercesserit, illamve intercessionem novâ cautione aut pignore firmaverit, non teneatur ex novâ illâ & repetitâ intercessione siue cautione: ac proinde nec teneri debeat, licet beneficio Vellejano renunciaverit. *l. si mulier perfectæ. 22. C. ad senatusc. Vellejan.* Etenim respondetur; hoc argumentum à comparatis hic non procedere: propterea quod major sit ratio renunciationis certiorationem sequutæ, quam intercessionis repetitæ. Certioratio quippe illa mentem mulieris excitat, eamque plenâ cognitione beneficii istius instruit & informat. Quo exactè cognito, si nihilominus ei renunciaret: non profectò amplius digna est, cui subveniatur: cum ultrò beneficium illud, quo frui potuisset, contempserit. Intercessio autem illa repetita & geminata ejusdem efficaciam non est: sed mulierem magni beneficii illius ignaram relinquit.

§ 7 Deniq; non refragatur, quod solutio ejus, quod mulier intercedendo promisit, sit instar renunciationis: siquidem quæ solvit, satis apertè significat, se uti non velle beneficio Senatusconsulti Vellejani. Atqui quæ solvit ex intercessio-

ne suâ solutum repetere potest. *l. quamvis. 8. §. interdum. 3. ff. ad senatusconf. Vellejan.* Quare etiam poterit mulier isthoc beneficio uti, & creditori solutionem denegare, licet expressè isti beneficio renunciaverit. Non, *inquam*, refragatur illud. Mulier enim, quæ ex fidejussione solvit, quod debet, beneficium Vellejanum sibi competere ignorat: ac ea propter meritò repetit solutum. Quæ verò huic beneficio, certior de eo prius facta, expressè renunciat: intelligit probè, se omnino tutam esse adversus creditorem: ac idcirco ad solvendum, quod intercedendo promisit, non injuriâ compellitur. Atque ita docent & sentiunt Odofred. & Fulgos. *in d. l. ult. §. ult. ff. ad SC. Vellej. Azo in summâ C. eod. n. 4. Bartol. (sibi contrarius) in l. qui satisfacere. 3. ff. h. t. n. 10. Hostiens. in summâ de fidejuss. n. 3. §. mulier, & c. Gail. d. lib. 2. obs. 77. Frid. Pruckman. in repetitione l. in multis. 9. part. 2. artic. 15. n. 11. ff. de stat. hom. Sichard. ad rubr. C. de fidejuss. n. 6. Olemann. ad Giph. lib. 3. disp. 27. n. 20. & seqq. Borcholt. in Comm. de verb. obl. c. 1. n. 28. Gædd. in Comm. de contrah. & committ. stipul. c. 7. concl. 16. num. 298. Cujac. lib. 19. observ. c. 34. post princ. vers. nisi huic beneficio renunciassent. Georg. Acac. Enenk. lib. 3. de privileg. jur. civ. c. 16. n. 26. cum seq. Egid. Hortens. ad l. Paulus. 31. ff. ad SC. Vellej. Vngep. exerc. Justin. 15. quæst. 8. p. 560. cum seqq. ed. ult. Specul. lib. 2. part. 7. tit. de renunciati. & concl. §. unic. n. 16. in med. Fachin. lib. 2. controu. jur. c. 59. part. 1. Bronch. sent. 1. évartioçavov. assert. 80. edit. 1. Petr. Fab. & Phil. Matthæus n. 22. & seqq. in l. 2. ff. de reg. jur. D. Collega Bocser. clas. 2. disp. 16. thes. §. edit. 2. & plenius in hoc tit. n. 37. cum multis seqq. p. 307. & seqq. item Rober. dispnt. 16. ad Instit. coronid. 1. Hucque pertinent, quæ annotavimus in §. illud propriè. 7. num. 19. & seq. infra, tit. quod cum eo, qui in alienâ potestate est, & c. Et de isthac quæstione vide copiosè dissertantem Antonium Merendam lib. 2. controuers. jur. cap. 36. pag. 129. & seq.*

Imprimis autem renuntiatio isthac mulierem beneficio § 8 senatusconsulti Vellejani privat, si mediante juramento renunciaverit, etiam si certior de illo reddita prius non sit. *c. ex rescripto. 6. ubi gloss. in verb. & uxorem. extra, de jurejur. Tiraquell. in l. si unquam, in prefat. num. 136. C. de revocand. donat. Weitenbec. consil. 23. num. 52. vers. nam hoc tempore. item consil. 38. num. 22. & consil. 52. num. 33. & 34. Ant. de Padilla in l. ne passim. 13. num. 12. Cod. de jur. & fact. ignorant. Gædd. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 7. conclus. 16. num. 198. Fachin. d. lib. 2. cap. 60. Hu- § 9 jusque ratio hæc affertur: quia juramentum est loco certiorationis; cum ad jurisjurandi interpositionem majori deliberatione, quam ad renunciandum, perveniat: censeaturque mulier virtute juramenti omni legum & juris auxilio renunciasse, si non in specie, attamen in genere. Atque sic Doctores communiter tenent. *per text. in auth. sacramenta puberum. C. si adversus vendit. & l. si duo patroni. 13. §. idem Iulianus ff. de iurejurand. Eberhard. à Middelburg. in Topicis loco, à vi, energ. seu efficac. iurament. num. 36. Hartman. Hartmanni in practic. observat. 1. de fideiussorib. observ. 2. Andr. Rauchbar. quæst. 34. n. 5. part. 1. Domin. Cardinal. Tuschus d. tom. 5. practic. conclus. lit. M. conclus. 421. num. 21. & seqq. Berlich. d. part. 2. d. conclus. 19. num. 24. & 27. Mascard. de probationib. vol. 2. concl. 1080. num. 21. Matthæus Cuno lib. 1. de pactis. cap. 10. num. 16. & seqq. Franciscus Turzan. conclus. 132. num. 1. & 2. Soarez. in Thesaur. recept. sent. lit. V. n. 8. & Gail. d. observat. 77. n. 10. Ubi tamen num. 12. subjicit: mulierem enormiter læsam § 6 posse contravenire renunciationi, non obstante juramento: eò quod ex enormi seu enormissimâ læsione dolus præsumatur. *l. omnes 17. §. i. ff. qua in fraud. creditor. & l. si superstitie. §. in fin. C. de dol. mal. idem Gail. d. lib. 2. obs. 147. num. 8. & juramentum non debeat esse vinculum iniquitatis. c. quanto. 18. de iurejur. & c. 1. §. quia verò eod. tit. in 6. pariaq; sint, dolum intervenire re ipsa, vel ex proposito. l. 2. ff. de dol. mal. & met. except. & l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. obligat. Decius consil. 180. num. 7. & consil. 181. num. 1. & 2. Alexand. consil. 42. num. 6. lib. 1. M. Anton. de Amatis decis. 46. n. 3. & decis. 62. n. 14. & 15.***

Præterea mulieri non succurritur, pro alio fidejubenti, § 1 si reverâ rem suam gesserit: vel ex eâ re locupletior facta: aut callidè & dolo malo in hac re versata fuerit: vel quæsito colore contraxerit: vel preciū eo nomine quod intercederet acce-

ac ceperit: aut post biennium eandem intercessionem renovaverit. l. 2. §. sed ita demum. 3. l. sed si ego 4. l. nec interest 3. l. si mulier. 11. l. aliquando. 13. l. si mulieri. 15. l. si pro aliquo. 21. l. bona fide. 27. ff. ad senatusconsultum Vellejanum. l. si dotare. 12. l. si mulier. 22. l. antiqua. 23. cum similibus. C. eod. tit. Gædd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 7. conclus. 16. num. 299. Ant. Tessaur. decis. 223. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præf. 21. Amilius Ferretus in Paratit. ad tit. ff. ad SC. Vellejanum. Frid. Pruckman. in repetitione d. l. in multis. 9. part. 2. artic. 15. ff. de stat. homin. Berlich. d. concl. 19. & 28. & 44. Wesenbec. in Paratit. ff. ad SC. Vellejanum. num. 6. & seq. Horat. Carpan. ad statuta Mediolan. part. 1. cap. 44. num. 29. Dn. Bocér. in hoc tit. num. 66. cum seqq. pag. 312. Anton. Hering. d. tract. de fidejussoribus. cap. 7. num. 412. 416. 423. 424. 430. 433. & multis seqq. ubi plures casus, quibus mulier per exceptionem sese tueri non potest; non minùs eleganter, quàm prolixè recenset. Quibus adjiciendus quoque est Martinus Bonacina in tract. de contractibus. & restit. disput. 3. quæst. 9. puncto 2. num. 2. pag. 628. nec non D. Marta tom. 3. digestorum novissimorum tit. fidejussio. cap. 10. cum seqq. fol. 171. itemque Johannes Sichardus ad tit. Cod. ad SC. Vellejanum. num. 10. & pluribus subseqq. ubi decem casus, quibus non juvetur mulier per illud senatusconsultum, accuratè explicat. Eosque casus complexi sunt veteres, memoriæ juvandæ gratiâ, his versiculis:

Casibus in denis mulier spondendo tenetur:

Pro libertate; pro dote; renunciet & si;

Decipiat; precium capiat; caveatq; secundo:

Debiti si succedit: si debita cepit;

Si minor est credens: si commoda propria gessit.

- 62 Cæterum cum ad fidejussoriam obligationem constituendam, tam creditoris, quàm fidejussoris consensus requiratur, & quandoque ulveniat, ut minùs idoneus fidejussor recipiatur: meritò vocatur in dubium, an minùs idoneum fidejussorem recipiens, eum approbasse videatur? Et approbasse videri, constat ex l. qui satisfacere. 3. ff. hoc tit. in cujus fine ita loquitur Ulpianus: Plane si quis non idoneum fidejussorem dederit: magis est, ut satisfactum sit: quia qui admisit eum fidejubentem, idoneum esse comprobavit. Cui assentitur Paulus in l. si ab arbitro. 10. §. 1. ff. qui satisfacere cogantur. Qui ex causa, inquiens, improbat ab arbitro probatos, alias improbatos probat: multoq; magis, si suâ voluntate accepit fidejussores, contentus his esse debet. Accedit textus in l. si is, à quo 3. §. ultim. ff. ut in poss. legat. vel fideicom. servand. caus. esse lic. ubi idem Ulpianus in hæc verba respondit: Si semel fuerit satisfactum: quæsitum est, an etiam rursus cavendum sit, si forte dicatur, egenos fidejussores esse datos? Et magis est, ut caveri non debeat. Hoc enim divus Pius rescripsit Pacuvia Liciniana: ipsam enim facilitati suæ expensum ferre debere, qua minùs fidejussores idoneos accepit. Neq; enim oportet per singula momenta onerari eum, à quo satis petitur. Eodem quoque confert textus in l. 1. §. illud sciendum. 10. ff. de separationib. & in l. qui cum alio 19. ff. de reg. jur. Trentler. vol. 2. disp. 28. th. 2. lit. F. ibiq; videatur Bachovius in suis not. pag. 905. cum seq. & Hunnius in resol. quæst. 14. pag. 187. Minùs autem idoneus fidejussor non tantum ex re & opibus: sed etiam ex fide & facilitate conveniendi æstimatur. l. 2. in pr. ff. qui satisfacere cogantur & c. Proinde licet quis sufficiens habeat patrimonium: verum alias ob causas difficulter conveniri queat; puta si privilegio fori sit tutus, vel potens, aut tyrannus, sive rixolus, & c. minùs idoneus fidejussor censetur. l. si fidejussor. 7. in princ. ff. d. tit. l. Imperator. 11. in fine principii ibi. vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit. ff. ad municipalem. l. si quis stipulatus. 112. ad fin. & ibi lason. ff. de verb. obligationib. l. 1. 2. & 3. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fact. Mynfinger. hic num. 5. & cent. 2. obs. 15. Schneidevvin. in §. si plures 4. num. 6. infr. hoc tit. Glos. Bart. Costal. & alii in d. l. 2. ff. qui satisfacere cogant Hippolyt. de Marsil. in Rubr. de fidejussoribus. num. 10. 282. & seqq. Soares in thesaur. recept. sentent. sub lit. F. num. 131. & seqq. Gail. lib. 2. observat. 27. num. 25. Antonius de Gamma Lusitanus decis. 21. num. 3. Menoch. consil. 2. num. 212. vol. 1. Horat. Carpan. ad statuta Mediolanens. part. 1. cap. 44. num. 18. eosq; 64 referens Heringius d. tract. de fidejussoribus. cap. 8. num.

129. & seqq. At quid, si fidejussor ab initio locuples & idoneus datus, ex post facto inops adeoque non solvendo effectus fuerit: nunquid debitor rursus satisfacere, aliumque idoneum fidejussorem præstare debebit? Et sanè si fidejussor datus fuerit ex legis dispositione, mediante judicis officio: debitor principalis iterum satisfacere, aliumque idoneum fidejussorem præstare tenebitur, per textum in d. l. si ab arbitro. 10. in fine ff. qui satisfacere cogant. l. pratoria. 4. ff. de prator. stipulat. l. prator. 20. §. & si satisfactum. 14. ff. de operis novi nunciat. & d. l. si is, à quo. 3. §. fin. cum l. seq. ff. ut in poss. legatorum. & c. Si verò fuerit datus fidejussor ex voluntate & conventionione partium, creditorq; recipiens semel eo contentus sit: licet postea ille facultatibus labatur, atque efficiatur non solvendo: tamen non cogetur debitor iterum satisfacere, novamve fidejussionem constituere. Quia fidejussio, hoc casu debetur jure conventionis seu obligationis: quâ fidejussione constitutâ, jam creditori satisfactum est, & obligatio expiravit, arg. l. pupill. 96. §. soror. 2. ff. de solutionib. & l. si nomen. 4. ff. de hered. vel act. vendit. Et ita, post Bartolum in d. l. 3. ff. hoc tit. Angelum & Paulum Castrens. in l. quotiens. 6. ff. qui satisfacere cogant. hoc resolvit Gomezius tom. 2. variar. resol. cap. 13. num. 7. Eadem de re videantur Valentinus Franc. in tractat. de fidejussoribus. cap. 4. conclus. 7. num. 163. & seqq. Bachovius & Hunnius dictis locis: ille pag. 907. hic vero pag. 187. quæst. 15.

Major dubitatio est: an is, qui fidejussores dare tenetur, dando pignora, quæ in fidejussorum locum surrogentur, liberetur? Et quidem Bartolus in l. pratoria. 7. ff. de prator. stipulat. eumque citans Decius, in l. plus cautionis. 25. num. 3. ff. de reg. iur. affirmativæ sententiæ suffragantur. Sed negativam, tanquam magis communem & veriore, defendunt Franciscus à Ripa ad rubr. ff. de pignorib. num. 8. Alciat. in l. 2. §. mutui datio. num. 10. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hippolyt. de Marsil. d. rubr. de fidejussoribus. n. 296. cum seq. Neguzant. in tract. de pignorib. 5. part. princ. memb. 1. num. 1. & 2. Petr. Nicol. Mozz. in tract. de contractibus. tract. de pignore & hypoth. in cap. 1. pignus. num. 21. Cagnolus in d. l. plus cautionis. 25. num. 4. ff. de reg. iur. Gædd. in l. satisfactionis. 61. num. 2. ff. de verb. significat. & in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 21. num. 298. & seq. Pacius cent. 1. invarioparor. quæst. 67. Domin. Collega Bocér. clas. 2. disput. 16. th. 9. ed. 2. Soares in thesaur. recept. sent. lit. F. num. 154. Francus d. tract. de fidejussoribus. c. 4. conclus. 7. num. 143. cum seqq. Hering. d. tract. de fidejussoribus. c. 18. num. 68. cum seqq. Hænon. disputat. 15. controvers. 2. Matth. Steph. cent. 3. quæst. 46. Hackelman. illustr. quæstion. disp. 22. thes. 14. & novissimè Paulus Berens disput. 10. ad Instit. them. 2. quæst. 2. Hujusque sententiæ rationem hanc potissimum adducunt: tum quia aliud pro alio invito creditori dari vel præstari nequit. d. l. 2. in fin. ff. de reb. credit. etiam si melior conditio efficiatur, arg. l. ult. ff. de usu & habitati. Tum quia creditor suscipere onus atque periculum custodiendi pignora haud tenetur: quorum damna, si quæ medio tempore acciperent, resarcire cogetur l. quemadmodum. 29. §. penult. ff. ad leg. Aquil.

Nec urget quicquam, quod plus cautionis in re sit, quàm in personâ d. l. plus cautionis. 25. ff. de reg. iur. & melius sit pignori incumbere, quàm in personam agere l. 1. §. 1. ff. de superficiebus. Illa namque regula locum habet, quoties convenit de pignore dando, & aliis quibusdam casibus, ut docent Gæddens & Berens dictis locis. Nec etiam movet, quod objicitur: illud, quod mihi non nocet, & alteri prodest, benignè præstandum esse, arg. l. in creditore. 38. ff. de evictionib. l. 2. §. item Varus. 5. ff. de aq. & aqua pluvi. arcenda. l. rescripta. 7. C. de precibus Imp. offerend. Haud enim suo cum periculo quispiam alteri benefacere tenetur: cum officio contrarium non sit, ita alium juvare, ut te serves indemnem. l. sed si quis. 7. ff. quemadmodum testamentâ aperiant. l. sancimus. 25. C. de administratoribus. & periculator. & ordinata charitas incipiat à se ipsa, argum. l. præses. 6. ubi Glos. & Dd. C. de servit. & aqua can. si non licet. 8. caus. 23. quæstion. 5. Franc. d. c. 4. conclus. 7. num. 144. & seq.

Succedit tandem & illa parùm dissimilis excutienda quæstio: an creditor fidejussorem jam acceptum dimittere, & alium æquè idoneum admittere sive accipere cogatur?

cogatur? Et sanè (nil remorante contrariâ opinione *De-
cu num. 4. & Cagnoli num. 2. in d. l. plus cautionis. 25. ff. de
reg. jur. Angeli in l. si Titio. 22. ff. de pignorib. & hypothec.
Neguzantii in d. tract. de pignorib. part. 3. memb. 1. num. 21.
& aliorum*) negativam sententiam veritati omnino con-
sonam esse, judicant *Iason in l. debitorem. 25. num. 5. C. de
pact. Alciac. ibid. num. 3. Hippolyt. de Marfil. in tract. de fide-
jussorib. num. 113. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2.
cap. 1. num. 21. & seq. hosq. referens Treutlerus vol. 2. disput.
28. th. 2. sub lit. F. ibiq. Bachovius in suis not. pag. 908. &
71 Huanius in resolut. quæst. 16. pag. 188. & seq.* Pro quâ sen-
tentiâ primum apprimè facit textus in *l. si mandata. 45. §.
item si 2. ff. mandati.* ubi cavetur: creditorem obligationi
semel constitutæ insistere posse: adeoque fidejussorem ac-
ceptum mutare vel dimittere non compelli, quantumvis
72 alius æquè idoneus fidejussor offeratur. Accedit deinde,
quod aliud pro alio solvendo debitor non liberetur, *per
princip. tit. infr. quib. m. d. tollit. obligat. d. l. 2. in fin. ff. de reb.
credit. si cert. pet.* Atqui si teneretur creditor alium fide-
jussorem accipere, & priorem dimittere: aliud pro alio ipsi
73 solveretur. Præterea quando obligatio fidejussoria jam
consistit: non cogitur creditor aliter dimittere debitorem,
quàm si is creditori satisfaciatur: quoniam obligatio fide-
jussoria est juris vinculum, quo quis necessitate adstringitur
asscurandi creditorem, idoneo fidejussore dato, *initio
tit. supr. de obligat.* Atqui oblatione fidejussoris æquè ido-
nei si liberaretur debitor: sanè non adstringeretur necessi-
tate ad id præstandum & faciendum, quod convenit: sed,
invito creditore, & quidem aliter, quàm solutione ejus rei,
ad quam se obligavit, obligatione se eximere & liberare
posset.
74 Non obstat; quod, si ex illiusmodi mutatione fidejuf-
forum creditor nullum sit passurus damnum; utique ne-
cesse habeat gratificari debitori, si æquipollenter asscur-
ratio ab ipso præstari queat, *per notata Iasonis in l. 2. n. 32.
ff. solut. matrim.* Etenim non statim quicquid gratificatio-
nis est, idem etiam necessitatis aut coactionis esse intelli-
gitur, *arg. l. donari. 29. ff. de donationib. & l. donari. 82. ff. de
reg. jur.* Proinde etsi videtur, debitori alium fidejusso-
rem, æquè idoneum offerenti gratificandum esse: haud ta-
men ad hoc necessitate quadam obstrictus est creditor: sed
ejus voluntati liberum relinquitur.
75 Minus resistit regula ista juris & æquitatis naturalis: ut,
quod tibi non nocet, & mihi prodest, faciendum tibi in-
cumbat, *arg. l. in fundo. 38. vers. constituimus. ff. de rei vindi-
cat.* Certo autem certius sit, quod mutatio fidejussoris non
noceat creditori, plurimum verò profit debitori: ac pro-
inde creditor eam admittere teneatur. *Nam respondetur:*
regulam istam (quod id, quod nobis non nocet, alteri verò
prodest, admittendum sit) locum non habere eo casu, quo
conventio sive contractus præcessit, qui legem præscripsit,
*arg. l. contractus 23. vers. nam hoc servabitur. ff. de reg. jur.
Iason & Bart. in d. l. 2. ff. sol. matrim. Vinc. Caroc. dec. 4. n. 11.*
76 Sed & hoc observandum; quod in continenti apparere non
possit: num oblatus & præsentatus fidejussor æquè, vel mi-
nus sit idoneus, atque prior: quandoquidem hoc in facto
consistit, & tractu demum temporis potest explorari. Quis
autem temporis illius molestias æquo animo ferret, & pa-
tienter devoraret, nec potius priorem fidejussorem reti-
neret? *tradente Hunnio loco præallegato.*
77 Multo minus adversatur *l. 2. §. locum. 8. ff. de religiof. &
sumpt. funer.* ubi servitus viæ, quæ semel assignata est, im-
mutari potest, si via æquè commoda alibi præstetur. *Id
namq. solum religionis favore ibi permittitur:* cum ejus-
modi proponatur casus, quo locus, per quem servitus viæ
constituta erat, religiosus effectus est: & dicitur, si non mi-
nus per alium locum servitute viæ quispiam commodè uti
possit; locum priorem, in quem mortuus illatus est, effici
religiosum. Quocirca firmiter concluditur: debitorem
audiendum non esse, si pro fidejussore, jam constituto & ac-
cepto, alium æquè idoneum fidejussorem creditori dare
sategat. *Idq. fusius exponit Hunnius loco superius notato.*

§. In omnibus. 1.

In omnibus autem obligationibus adsumi pos-
sunt: id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive

consensu contractæ fuerint. At nec illud quidem
interest, utrùm civilis, an naturalis sit obligatio,
cui adjicitur fidejussor: adeò quidem, ut pro ser-
vo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fide-
jussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id,
quod sibi naturaliter debetur.

S U M M A R I A.

- 1 Finis fidejussionis quis.
- 2 Quibus obligationibus fidejussor accedat.
- 3 Accessio sine principali consistere nequit.
- 4 Servus, cum aliquo contrahens, naturaliter tantum obligatur.
- 5 Fidejussor non debet durius obligari, quàm principalis.
- 6 Conciliatio *l. Marcellus. 25. ff. hoc tit. cum l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. obligat.*
- 7 In quibus causis fideiussioni non sit locus.
- 8 Pro conservatione dotis non recte fideiussor à marito exigitur.
- 9 Dos pro oneribus matrimonii potissimum datur.
- 10 De appendicibus idem esse solet iudicium, quod de principali.
- 11 An pro conservandâ dote fidejussor à marito volente dari possit.
- 12 Mulier se suamq. vitam marito committit.
- 13 Sententia *l. unica. C. Theod. de fidejussorib. dotium.*
- 14 Constitutiones Theodosiana licet non sint authentica: tamen ad explicandos juris textus plurimum momenti habent.
- 15 Rejicitur & refellitur interpretatio quorundam ad *l. 1. & 2. C. de fidejussor. dot. dent.*
- 16 Mariti novii in uxorum gratiam nihil non facere solent.
- 17 Pignus à marito uxori pro dote dari potest.
- 18 Differentia inter pignus & fidejussorem.
- 19 Intellectus *l. cum dotis. 55. ff. de juv. e. dot.*
- 20 Mens & sententia *l. si constanter. 24. §. 2. ff. solut. matrim.*
- 21 Favori pro se introducto quilibet renunciare potest.
- 22 Qua ad renunciationem alicujus juris necessario requirantur.
- 23 Vtrum obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor accedere valeat.
- 24 Iudicium fidejussoris datione non eluditur, nec executio impeditur.
- 25 Summa *l. 1. vers. hoc autem ff. de custod. & exhibit. reor.*
- 26 Sensus *l. si à reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.*
- 27 Poenas ob maleficia solvi, magna ratio suadet.
- 28 Intellectus *l. si confessus 5. ff. de custod. & exhibit. reor. & num. 28.*
- 29 An cautioni fidejussoria sit locus, si poena corporalis reo venit in-
figenda.
- 30 Nemo membrorum suorum dominus.
- 31 Interpretatio *l. divus Pius. 3. ff. de custod. & exhibit. reor.*
- 32 Consideratio *d. l. si confessus. 5. ff. d. tit.*
- 33 Num ad carceres pro debitore principali, fideiubendo aliquis se
adstringere queat.
- 34 Omne factum honestum in stipulationem deduci potest.
- 35 Obsolescere dari possunt pro debito pecuniario.
- 36 Obstagium censetur species carceris.
- 37 Consideratio *l. Titius. 9. ff. de servis exportand. & l. si quis. 56. ff. de contrah. empt.*
- 38 Intellectus *l. liber homo. 13. ff. ad leg. Aquil.*
- 39 Intellectus *l. Titio centum. 71. §. 2. ff. de condit. & demonstrat.*
- 40 Liber homo, ne quidem volens, alterius servus fieri potest.
- 41 Obstagia lege publicâ hodie prohibita.

FINIS fidejussionis idem perhibetur, qui pignoris, putà
securitas sive cautio creditoris: de quo sine Imperator
dixit initio hujus tituli: jam de materiâ videndum est. Ma-
teria igitur circa quam, & cui fidejussor accedere potest,
sunt omnis generis obligationes, ex quibuscunque contra-
ctibus ortæ; non solum primæ vel principales, sed etiam se-
cundariæ sive accessorix, hoc §. nostro. *l. 1. l. 2. l. Gracè. 8. §. 1.
& §. fin. ff. hoc tit. ibiq. Wesenbec. in Paratit. n. 4.* Quare ubi
nulla adest obligatio, ibi non valebit fidejussio. *l. qui contra.
11. l. fidejussor obligari. 16. in princ. l. si mihi. 23. l. si quis 56.
§. 2. l. si à reo. 70. §. si à furios. 4. ff. eod. l. is, cui 6. ff. de verb. obl.*
Hujusq. ratio manifesta est: quia fidejussio est quædam ac-
cessio. §. fidejuss. 5. *infr. hoc tit. d. l. 1. l. generaliter. §. ibi, ex
causa access. & l. hi, qui accessionis. 34. ff. d. t.* Accessio autem
requirit principalem, cui innitatur, *arg. §. cum in suo. 29. supr.
de rer. divis. l. 2. ff. de pecul. legat. l. 2. ff. de superficie. l. nihil
dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. c. acces-
sorium. 42. eod. in 6.* Nec refert, utrùm civilis, an naturalis
sit obligatio, cui fidejussor adjicitur: adeò quidem, ut pro
servo quoque (qui naturaliter olim obligabatur. *l. quod atti-
net. 32. ff. de reg. jur.*) fidejussor tam domino, quàm extraneo
obligari possit, hoc §. nostro. *vers. at nec illud l. stipul. 6. §. ult.
& l. seq. l. fidejussor. 16. §. fidejussor. 3. l. Marcellus. 25. l. cum
fidejubeat. 35. d. l. si à reo. 70. §. adeo. 3. ff. hoc tit.*

Cui non adversatur, quod servus cum aliquo contra-
hens, naturaliter tantum obligetur: fidejussor verò pro hoc
servo ita naturaliter obligato, obligetur etiam civiliter, *l.*

5 *cum fideiubeat*, 35. ff. *hoc tit.* Non debeat autem fidejussor durius obligari, quam principalis. *d. §. fidejussores. §. infr. eod. d. l. Grace* 8. §. *illud*. 7. *d. l. hi, qui accessionis*. 34. ff. *d. tit.* Hoc, inquam, non adversatur. Sibi enim imputet fidejussor damnum, quod ex hac obligatione sentit: cum à fidejussione abstinere potuerit. Nam quod servus non civiliter, sed naturaliter tantum obligetur; id fit ex defectu personæ: qui defectus cum in fidejussore non sit, merito etiam civiliter obligatur. Non igitur durior, sed tantum firmior est obligatio fidejussoris; uti, post Bodeum, notat Rittershus. hic p. 455.

6 Similiter dicta *l. Marcellus*. 25. ff. *hoc tit.* (ex quâ evincitur, eum, qui pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fidejussor, ex suâ fidejussione teneri) non repugnat textus in *d. l. is, cui bonis*. 6. ff. *de verb. obligat.* ubi disertè asseritur, quod pro furioso & prodigo intervenire fidejussor non possit. Etenim aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo jure obligato, utputà ex quasi contractu, vel delicto obligato: quibus casibus ipsi jure obligantur: & tunc fidejussor efficaciter tenetur. *l. furiosus*. 46. ff. *de oblig. & act.* Aut fidejussor intercessit pro furioso vel prodigo, jure non obligato, utputà quando stipulanti sine auctoritate curatoris promiserunt: & tunc nec fidejussor pro iis adstringitur. Ita distinguitur in *d. l. si à reo*. 70. §. *si à furioso*. 4. ff. *hoc tit.* Quoties verò fidejussor pro debitore, naturaliter tantum obligato, utputà pro pupillo, sine tutoris auctoritate promittente, intercedit, efficaciter potest conveniri: quamvis principalis debitor actione pulsari non possit. *l. ubicunque* 60. ff. *eod. l. si pupillus*. 127. ff. *de verb. oblig.* Atq; ita tenent Cujacius ad *d. l. is, cui bonis*. 6. ff. *d. tit.* Bronchorst. cent. 2. *ἐναρτισαμένω*. assert. 93. edit. 1. & Hunn. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 5. q. 11. itemq; in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 20. p. 197. & seq. Tametsi alii aliter dictam *l. Marcellus*. interpretentur. Continus lib. 2. lection. subc. 3. Revard. lib. 2. var. c. 9. Duar. & Donell. in *d. l. is, cui bonis*. 6. ff. *de verb. oblig.* Robert. lib. 2. recept. lect. c. 37. Fornerius lib. 3. select. c. 23. Franc. à Caldas in *l. si curatorem*. 3. *verb. cum non absimilis*. n. 23. C. *de in integr. restit.* Treutl. select. disp. d. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. b. ibiq; latè Bachov. in suis not. p. 915. cum aliquot seqq. Ant. Fab. lib. 8. coniect. c. 6. Gædd. in *Comm. de contrah. & committ. stipul.* c. 7. concl. 10. n. 131. cum seqq. & noviter Hering. in tr. *de fidejuss.* c. 5. n. 335. & seqq.

7 Quod porro dicitur: fidejussorem omni obligationi accedere posse: id in quibusdam causis non procedit. Namque pro actione populari. *l. si quis pro eo* 56. §. ult. ff. *hoc tit.* pro re turpi & inhonestâ. *d. l. si à reo*. 70. in fin. ff. *eod. l. si remunerandi*. 6. §. *rei turpis*. & *l. si verò*. 12. §. *si adolescens*. ff. *mandati*. itemq; pro dote conservandâ fidejussor à muliere accipi nequit. tot. tit. *C. ne fidejussores dot. dent.* & ibi Bartol. Bald. & Salic. Cuj. ad *Afric. tr.* 4. ad *l. si vir uxori* 17. §. *si mulier dixisset*. ff. ad *SC. Vellej.* & in *Paratit. Cod. ne fidejuss. dot. dent.* Et si enim maritus, soluto matrimonio, ad restitutionem dotis regulariter tenetur, ejusque restituendæ causa fidejussor accipi potest. *l. exceptiones*. 7. in pr. *vers. sic mariti*. ff. *de except. l. unicus*. §. *cum autem* 7. *vers. cautione videlicet*. C. *de rei uxori. act.* tamen pro ejusdem conservatione, sive pro servandâ dote, constante matrimonio, non rectè à marito fidejussor exigitur. *l. 1. & 2. C. ne fidejussor. dot. dent.* Gædd. d. *Comm. de contrah. & committ. stipul.* c. 6. concl. 23. n. 60. cum seqq. Hering. d. tr. *de fidejuss.* c. 6. n. 104. & seqq. Idq; eâ maxime ratione introductum est: ne fidejussio illa, quam uxor, vel ejus pater à marito pro dote conservandâ exigeret, ansam præberet odii & dissidii inter conjuges. Nam metuentum esset, ne maritus agrè molestèque ferret, se ab uxore vel focero non fuisse idoneum habitum, ut ipsi dos sine fidejussore crederetur. *l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent.* Absurdum quoque foret & turpe: plus alienæ, id est, fidejussoris extranei fidei & amicitie tribuere, quam proprii mariti: cum quo uxor omnis vitæ consortium, divini humanique juris communicationem, ac supremum longèque arctissimum amicitie vinculum copulasset, juxta *l. 1. ff. de rit. nupt. l. si cum dotem*. 22. §. *si maritus*. 7. *vers. quid enim tam humanum*. ff. *sol. matrim.* Adhæc dos potissimum matrimonii causa datur pro oneribus ejus, tanquam accessio quædam. *l. pro oneribus*. 20. *Cod. de jur. dot.* Sicut ergo pro hoc principali, nempe pro ipso conservando matrimonio, & maritali obsequio, & amore præstando, fidejussor intercedere non debet: cum

in matrimonio contrahendo propria ipsorum contrahentium fides, eaque sola versetur: ita etiam iniquum est, ut ejus accessorio fidejussor, ejus conservandi causa accedat: cum in eo par sit fides, nec tantum momenti, quantum in ipso principali. Bald. & Dd. in *l. etiam si non dot.* 8. C. *de jur. dot.* Et de appendicibus plerumque idem esse solet judicium, quod de principali: quippe accessorium naturam sui principalis imitatur. *l. cum principalis*. 178. ff. *de reg. jur.* & c. *accessorium*. 42. *de reg. jur. in 6.*

Sed disceptatio non levis est: an à marito volente pro conservandâ dote fidejussor dari possit: Et dari posse, affirmant Iac. de Raven. Cynus, Ioan. Andrea, & Rom. quos recenset Alexand. in *l. si constante*. 24. §. *quotiens*. 2. col. 2. v. tertio limita. ff. *sol. matr. illo q.* secuti Baldus Novell. in tr. *de dote*, part. 6. privil. 21. n. 5. Ioan. Boscheus in tr. *de nupt. lib.* 4. n. 56. Duar. in method. tr. *de jure dot. c. 4.* Connanus lib. 8. *Comm. jur. civ. c. 9. n. 8.* Menoch. *de presumpt. lib.* 4. *pres.* 190. n. 43. ad fin. & lib. 6. *pres.* 1. n. 17. Hartmigus Dasselius in *Comm. ad statuta Lunaburg. art.* 10. n. 4. *Vngep. exerc. Inst.* 11. q. 7. p. 424. cum seq. ed. ult. Antonius Picbard. in hoc §. nostro. n. 11. & 12. Hænon. disp. 15. *controv.* 4. Arumans *Exerc. Inst.* 13. th. 12. Iob. Copp. lib. 2. *obser. pract.* 29. ad fin. D. Besold. vol. 2. *conf.* 72. n. 4. & seqq. p. 303. Knipsch. *exerc. Acad.* 7. *quest.* 6. p. 260. & Hunn. lib. 3. var. *resol. jur. civ. tr.* 5. *quest.* 3. & in *resolut. ad Treutler. vol.* 2. *disp.* 28. th. 3. *quest.* 17. p. 190. & seqq. Verum plerique alii existimant: non solum prohiberi fideiussorem accipi, constante matrimonio, à marito volente idoneo: sed & adversâ fortunâ ad inopiam inclinante. Bartolus, Baldus, Iason, Salicetus, Cujacius, hosq; referens Gædd. d. c. 6. n. 369. Azo in *summa tit. C. ne fidejussor. dot. dent.* Petr. Vanderan. *de privil. credit. c.* 4. n. 13. & seqq. Fachinans lib. 8. *controv. jur. c.* 76. Alciat. lib. 4. *parerg. c.* 26. Andreas Gerhardi *de acad.* 14. *quest.* 1. Matth. Stephani cent. 3. q. 47. Roberus disp. 16. ad *Instit. thes.* 10. Anton. Matthaus in hoc §. Treutler. vol. 2. *disp.* 7. th. 4. lit. H. ibiq; in suis not. & animadv. Bachov. p. 342. cum seq. & P. Barbosa. in *l. si cum dotem*. 22. §. *transgrediamur*. 12. n. 39. ff. *sol. matrim.* Ant. Merenda lib. 6. *controv. jur. c.* 13. n. 17. & seqq. p. 425. Hering. d. c. 6. n. 156. ubi plures citat. Moventur hi Interpretes tum rubricæ dicti tit. *C. ne fidejussores dot. dent.* generalitate, eaque prohibitoria: tum *l. 1. & 2. Cod. eod.* & supra adductarum rationum perpetuitate. Siquidem eadem absurditas, eadem turpitudine, idem fidei & amoris conjugalis contemptus hic versatur. Sive enim à volente, sive ab invito marito fideiussor detur: mulier (quæ se suamque vitam marito committit. *l. hac lege*. 8. C. *de pactis convent.*) fidei mariti diffidere, plusq; fidejussoris, quam mariti, fidei tribuere videtur contra *d. l. 2. Cod. ne fidejuss. dot. dent.* Et hæc sententia aptius confirmatur ex *l. unicus. Cod. Theodos. de fidejuss. dot. lib.* 3. tit. 15. ubi iidem Imp. Valent. & Theodosius, quorum est *d. l. 1. C. ne fidejuss. dot. dent.* qui adeò optimi sui ipsorum possunt esse Interpretes, in hæc verba rescripserunt: *Omni-um sponso- rum vel fidejussorum deinceps in cavendâ dotis spon- sione promissiones absolvimus.* Et frustra hujus legis auctoritatem dissentientes elewant: quia ut maxime istæ constitutiones Theodosianæ non sint authenticæ: eas tamen ad explicandos juris nostri textus plurimum momenti habere, nemo sanus facile negaverit. Quod præterea Adversarii respondent: dictas *l. 1. & 2. C. ne fidejussor. dot. dent.* de marito coacto sive invito, non verò ultrò offerente fidejussores, accipiendas esse: ad rationem juris nostri si exigatur, nullius omnino est ponderis: quia nemo ultrò hoc facere, & hoc onere, quod in jure nostro non grave tantum, sed famosum penè habetur. *l. testamento datos*. 17. in fine. ff. *de testam. tutel.* se obstringere velle præsumitur. Et aliàs sane nullo negotio constitutionibus illis fraus fieret: imò illæ eluderentur penitus: quod semper mulieres oblatos ultrò sibi fidejussores dicerent: neque mariti qui in uxorum nihil non initio gratiam facere amant: citra turpitudinis propriæ allegationem sese ab uxoribus coactos esse, excipere & prætereendere possent. Ac proinde frigidè Antagonistæ captant verbum, *exigendi*, in *d. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* positum: quoniam ex ratione juris omnis fidejussor intelligitur exactus. Idq; accuratius explanat Bachovius loco supra designato.

Non adversatur huic sententiæ, quod cum pignus à marito

- rito uxori pro dote dari possit. *l. quod autem. 7. §. si uxor. 6. ff. de donat. inter vir. & uxor.* eadem ratione etiam fidejussor dari queat: cum fidejussio pignoris dationi par similisque esse censeatur. *l. promissor. 21. §. ult. ff. de constit. pecun.*
- 18 Nam respondetur: evidentem esse inter pignus & fidejussorem diversitatis rationem: quoniam pignore dato dos ponitur tantum in tuto; non etiam committitur alterius personæ, quam mariti ipsius, fidei. Fidejussor obtinet locum debitoris: pignus locum rei debite. Non queritur aliena fides, si queritur pignus: secus, si fidejussor. In eo siquidem mulier fidem alienam sequitur: quod inter conjuges fieri absurdum esse, & perfidie occasionem generare, Justinianus Imp. rescripti *d. l. 2. C. ne fidejussor. dot. dent. ibique Cuiac. Fachin. d. lib. 8. c. 76. versic. secundum argum. &c.* Vide aliter sentientem Antonium Merendam, *d. lib. 6. controvers. jur. cap. 12. num. 5. cum seqq. pag. 421. & seq.*
- 19 Sic quoque non refragatur *l. cum dotis. 55. ff. de jure dot.* ubi cum fidejussor, pro muliere dotem promittente intercedens, teneatur: ex eo consequens videtur, eum & pro marito intercedentem obligari. *Diversa* namque sunt: causa dotis expromissæ dare fidejussorem, & dare causa dotis servandæ vel restituendæ. Expromittere, est novandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, soluto ab omni obligatione alio: quia novatio liberat debitorem prius obligatum. Igitur dicta *l. 55.* sententia hæc est: si quis dotem debitam ab uxore promiserit viro, novandi animo, & fidejussorem dederit: utique fidejussor tenebitur. Neque enim ab uxore, sed ab extraneo expromissore, datus est. Ita rectè ex Cuiacio explicat istam legem Fachinus *d. c. 76. ad finem.*
- 20 Nihil item resistit *l. si, constante. 24. §. quotiens. 2. ff. solut. matrim.* ubi Ulpianus. *Quotiens*, inquit, mulieri satisdandum est de solutione dotis post certum tempus: si maritus satisfacere non possit: tunc, deducto commodo temporis, condemnatio residui representatur, &c. Satisdare autem, est propriè fidejussoribus cavere. *l. 1. in fine. ff. qui satisfacere cogantur.* Et quod de marito Ulpianus loquatur, qui constante matrimonio ad inopiam vergit, ex responsi principio patet. Nihil, inquam, lex illa resistit. Quandoquidem in allegato §. *quotiens.* non agit Jurisconsultus de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio ob inopiam mariti imminentem: sed de dotis repetitione, quæ fit matrimonio jam soluto. Idque colligitur ex his verbis: *de solutione dotis post certum tempus.* Tempus sanè hic intelligitur, non, quod constante matrimonio est: quia ut ob inopiam emergentem dos repetatur certo tempore, concludi non potest: sed tempus intelligitur pacto conventum, intra quod, soluto matrimonio, dos reddi debebat, aut caveri. *l. de die. 14. & l. Atilianus. 17. ff. de pactis dotalib.* Præterea idem convincunt illa verba: *tunc deducto commodo temporis, &c.* Etenim si constante matrimonio dos repetatur: nulla fit temporis deductio: cum omne illud commodum cedat lucro mariti in compensationem oneris matrimonialis. *l. pro onerib. 20. Cod. de jure dot.* Et licet in principio dicta *l. si, constant.* de dotis repetitione, quæ fit constante matrimonio, tractetur: non tamen protinus consequens est, de eadem quoque agi in *d. §. quotiens.* quia directò cum principio legis non coheret. Sed & (citra veritatis præjudiciū) concessio, quod ex *d. §. quotiens.* colligi possit: Ulpiani ætate licuisse pacto convenire, & ultro uxori fidejussorem dare dotis causa constante etiam matrimonio: id tamen nunc meritò sileret propter recentiores constitutiones, jus vetus istud & consuetudinem prohibentes atque tollentes. Auctores siquidem dicta *l. 1. & d. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* tempore posteriores esse, & auctoritate majores Ulpiano, nemo non perspicit, docente D. Gøddeco, *d. tr. de contrah. & committ. stipul. c. 6. concl. 23. n. 385. & seqq. ubi & alia argumenta, non multum ad rem facientia, elidit.* De intellectu dicta *l. si, constante. 24. §. quotiens. 2. ff. sol. matrim.* videatur quoq; Heringius *d. tr. de fidejussor. c. 6. n. 188. & seqq.*
- 21 Denique nihil obest, quod favori pro se introducto quilibet renunciare queat. *l. penult. Cod. de pact. l. pactum. 46. ff. eod. l. sed & §. 4. §. quasitum. 4. ff. si quis cautionib. in judicio sistendi, &c. l. si judex. 41. ff. de minorib. l. potest heres. 71. ff. ad leg. Falcid. ac proinde etiam maritus prohibitioni dicta *21. l. 2. C. ne fidejuss. dot. dent.* sponte obviare possit. Nam ut re-*

nunciatio alicujus juris, pro aliquo introducti, obtineat: necessariò hæc tria intervenire & concurrere debent. I. Ut sit tantum jus positivum, merè in alicujus solius favorem introductum, non simul concernens publicam utilitatem. *l. ius publicum. 38. ff. de pact. l. nemo potest. 55. ff. de legat. 1. l. nec ex pratorio. 27. ff. de reg. jur.* II. Ut renunciatio non inducat aliquid contra bonos mores, nec det occasionem ad delinquendum. *l. alia causa. 14. §. 1. ff. sol. matrim.* III. Ut renuncians sit talis, qui sibi præjudicare possit. Cum igitur *d. l. 2. Cod. ne fidejuss. dot. dent.* in publica utilitate, in morum reverentiâ, & vitandâ delinquendi occasione, apertissimè sit fundata: manifestum fit, ejus renunciationem marito permissam non esse, *juribus præallegatis, & bene tradidit Heringius d. cap. 6. n. 182.* Quibus ita breviter discussis: meritò concluditur, à volente etiam marito fidejussorem, pro dote conservandâ, dari minimè posse.

Vtrum obligationi, quæ ex delicto descendit, fidejussor accedere possit, vehementer controversatur? Sed cum delicta quædam pecuniariam solummodo pœnam contineant: quædam verò pœnam capitalem seu corporalem mereantur: idcirco de iis distinctè, more aliorum Interpp. tractabimus: prout etiam fecimus *ad §. sed hodie. 2. n. 26. & seqq. infr. de satisfactionib.* Quod igitur ad delicta, propter quæ pœna tantum pecuniaria irrogari solet, attinet: de illis non dubium videtur, quin reus, ob hujusmodi delictum in carcere detentus, datis fidejussoribus, custodiâ & carcere sit relaxandus, quantumvis in flagranti crimine deprehensus, aut etiam delictum judicialiter confessus fuerit. Nam primò manifesto manifestius est, quod per datum fidejussorem certior sive securior fiat accusator vel fiscus de solutione pœnæ istius pecuniariæ: adeoque judicium, fidejussoris datione, non eluditur; nec executio impeditur: sed promovetur potius. Si enim ipse principalis, quod vel absens & fugitivus, vel solvendo non sit, pœnam non solvat: eam fidejussor solvere compellitur. Deinde nihil quicquam interest actoris vel fisci, uter pœnam illam pecuniariam solvat, ipsemet reus, an fidejussor, vel quis alius, *arg. l. solutione. 23. & l. solvere. 53. ff. de solution.* Quare etsi carcere liberatus reus aufugiat: pœnam tamen non evitat: nec etiam actor aut fiscus, cui pœna applicanda venit, eâ defraudatur. Præterea huc confert textus in *l. 1. vers. hos autem vel pro criminis, quod obijciatur, qualitate. ff. de custod. & exhib. reor. ex quo indistinctè evincitur, quod si delictum non sit ita grave, ut corporis habeat pœnam afflictivam, sed solum pecuniariam, reus non sit in carcerem conjiciendus: vel, si eo detineatur captivus, dato fidejussore dimittendus. Eodem insuper facit *l. si a reo. 70. §. ult. ff. hoc tit.* ubi Cajus J. C. simpliciter respondet: quod in crimine furti (cujus pœna jure Justinianeo pecuniaria est, §. *pœna manifesti. 5. & §. ult. infr. de oblig. qua ex del. nascunt. l. de his. 11. & l. falsus. 19. Cod. de furtis.*) fidejussor accipi possit à reo furti: propterea quod magna ratio suadeat, pœnas ob maleficia solvi: id quod fidejussoris datione efficiatur. Et ita quamvis in *d. l. 70. de furti crimine certo constaret: tamen fidejussorem admitti, Jurisconsultus statuit.**

Nec hanc sententiam offendit *l. si confessus. 5. ff. de custod. & exhib. reor.* ubi Venulejus, si confessus, inquit, fuerit reus: donec de eo pronuncietur, in vincula publica conjiciendus est. Nam præterquam quod (ut apertè liquet ex inscriptione ejus, quæ sic habet: *Venulej. Saturninus lib. 2. de judiciis publicis*) lex illa loquitur de criminibus gravioribus capitalibus, vel corporis coercitionem habentibus: commodè sic accipi poterit, quod reus confessus, donec de eo pronuncietur, in vincula publica sit conjiciendus: nisi velit fidejussorem dare, & de judicio sisti, deque pœnâ ipsi decernendâ cavere. Atque ita scribunt & docent Iacobus Menochius *lib. 2. de arbitr. jud. cent. 4. cas. 303. n. 6. 7. 8. & 12. Gøddeus d. Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 6. concl. 23. n. 408. cum seqq. Arum. Exerc. iust. 13. th. 13. And. Gerb. d. dec. 14. q. 4. & Hunn. d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 5. q. 4.* Tametsi interpretes alii in diversa opinionum divortia abeant, Hippolyt. de Marsil. in præf. crim. §. *attinam. n. 3. & seqq. Petr. Follerius in præf. crim. in verb. exam. liberentur, &c. Iod. Damhond. in praxi rer. crim. c. 20. n. 1. Coler. in decis. Germania. decis. 29. n. 18. & rursus decis. 107. n. 5. cum seqq. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 10. n. 396. & seqq. & ceteri.*

Atque haec tenus de eo casu, quo pro crimine commissio pœna pecuniaria est præstanda. Si verò corporalis, sive sanguinis, sive alicujus alterius gravioris coercitionis pœna reo carcerato infligenda sit, puta quia commisit homicidium, vel crimen læsæ majestatis, aut cudit falsam monetam, vel quid simile fecit: hoc casu, oblatam à reo cautionem fidejussoriam acceptari non debere, etiam si vellet mille dare fidejussores, Doctores communiter tradiderunt, *Bald. in l. 2. col. 1. in fine. Cod. de exhibend. & transmitt. reis. § l. eos. 6. § super his. Cod. de appellationib. Angel. Aretin. in tr. malefic. in verb. fama publica. vers. decimo quarto. n. 66. Gomez. tom. 3. var. res. c. 9. n. 8. Clarus lib. 5. sent. § fin. q. 46. n. 7. Covarr. lib. 2. var. resol. c. 8. n. 8. Neviz. an. cons. 61. n. 22. Job. Saixon. in consuet. Turon. tit. 1. § 24. Gloss. 3. vers. quero decimo sexto. Ant. Cordub. de Lara, in repetit. l. si quis à lib. 5. § sed utrum. 1. n. 23. ff. de liber. agnosc. Eichard. consil. 66. n. 5 part. 1. Eman. Soar. in thes. recept. sent. lit. F. n. 144. Valent. Franc. in tr. de fidejuss. c. 3. n. 201. cum seqq. Farinac. in praxi crim. t. de carcer. & carcerat. quest. 33. reg. 1. n. 151. & seqq. M. Ant. de Amatis decis. 101. incip. secutà carceratione. n. 9. & 10. Ruger. Ruland. de Commiss. part. 4. lib. 6. c. 4. n. 46. bosq. laudans Hering. d. c. 10. n. 408. & seqq. Cæterum alii intrepidè concludunt; & isthoc casu fidejussorem admittendum, eoq; dato reum à carcere relaxandum: sic tamen, ut arbitrio & discretioni judicis relinquatur dijudicare, consideratis diligenter delicti circumstantiis, & personæ conditione ac qualitate, quando fidejussor admitti & reus custodiâ relaxari possit. d. l. 1. 2. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. l. eos. 6. § super his. 3. Cod. de appellation. Menoch. d. lib. 2. de arbitr. jud. cas. 303. n. 16. & 17. Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 4. vers. sed an in criminalib. & c. Gædd. d. c. 6. concl. 23. n. 416. cum seqq. Arumaus d. Exerc. Inst. 23. th. 13. Guil. Forster. lib. 3. tract. Inst. disp. 17. th. ult. Hænon. disp. 15. ad Inst. sub controu. 5. Gerb. d. decad. 14. q. 4. & Hunnius d. lib. 3. tr. § 9. nec non in resol. ad Trentl. vol. 2. disp. 28. th. 3. q. 18. pag. 192. & seqq. Idque & nos explicatiùs probavimus in d. §. sed hodie 2. n. 33. & aliquot seqq. infr. de satisfat.*

30 Nec obstat huic conclusioni l. liber homo. 13. in princ. ff. ad leg. Aquil. ubi dum Ulpianus ait, neminem esse dominum membrorum suorum: inde dicendum videtur, quod fidejussor in causis capitalibus pro reo intercedens, ad pœnam corporalem se obligare non possit. Nam respondetur: fidejussorem in causis capitalibus admitti, non ut pœnam corporalem promittat, ad quam reus tenetur: sed ut in se recipiat, reum judicio sistere & præsentare. Enimverò si eveniat, ut reus ille aufugiat, ita ut fidejussor nequeat eum exhibere aut præsentare: hoc utique casu fidejussor non eadem pœnâ, quâ reus criminis convictus afficiendus foret, sed extraordinariâ arbitrio judicis plectitur, l. si quis reum. 4. ff. de custod. & exhibit. reor. Bachovius hic n. 1. pag. 785.

31 Minus obstat l. Divus Pius. 3. ff. d. tit. ubi Ulpianus ex epistolâ Divi Pii refert: non esse in vincula conjiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est: nisi tam grave scelus admisit eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, verum hanc ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere. Etenim in istâ lege non quodvis intelligitur capitale crimen, quod grave sit; sed illud duntaxat capitale crimen, quod ita sit grave, ut hanc ipsam carceris etiam pœnam reus ante supplicium sustinere debeat: cujusmodi est crimen majestatis, parricidii, latrocinii, raptus cum incestu, &c. Et cum saltem hoc criminis genus atrocissimum excipiat Jurisconsultus: censetur in cæteris omnibus capitalibus criminibus arbitrio judicantis relinquere, utrum fidejussorem admittere velit, arg. l. cum prator. 12. in pr. ff. de judic. Gædd. d. c. 6. n. 418. Adhæc dicta l. 3. non loquitur de fidejussore dando, ob relaxationem carceris ob custodiam, sed propter relaxationem carceris ad pœnam, hoc est, ejus carceris, qui pœnæ causa decretus est. A carcere, quo pœnæ loco reus detinetur, fidejussoris datione non relaxari aut liberari reum, facillè conceditur. Hunn. d. quest. 5. vers. deniq; & ideo, &c.

32 Multò minus obstat supra adducta l. si confessus. 5. ff. de custod. & exhibit. reor. ubi absq; ullâ distinctione dicitur, quod reus crimen confessus, donec de eo pronunciatur, in vincula publica sit conjiciendus: adeoq; pro reo criminis capitalis fidejussor non admittendus. Nam illud procul dubio

temperamentum accipit ex d. l. eos. 6. § 3. Cod. de appellat. & ita limitatur: nisi reus, crimen confessus, fidejussorem dare paratus sit, ut explicatum supra n. 24. Etenim textus cum textu conferri debet, ita ut id, quod in uno textu generaliter dictum est, ex alio restrictionem & declarationem accipiat, arg. l. incivile. 24. & l. non est novum. 26. ff. de legib. Vel certè dicta lex 5. sic limitanda erit: nisi tam grave sit scelus, ut reus neque fidejussoribus, neque militibus committi debeat, juxta d. l. 3. ff. de custod. & exhibit. reor. & notata Hunni d. quest. 5. in fine. Plura noviter istâ de questione comportavit Dn. Collega Bocerius in hoc tit. n. 92. cum multis subseqq. p. 315. & seqq. Bachovius in not. & animadvers. ad Trentl. d. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. A. p. 910. & seqq. Balthasar Amescua in tr. de potestate in se ipsum lib. 1. c. 14. n. 6. huncque referens Antonius Merenda lib. 5. controvers. jur. cap. 33. pag. 369. & seqq.

Expedita modo questioni vicina illa controversia est: 33 utrum ad carceres pro debitore principali fidejubendo quispiam sese adstringere possit; adeo, ut si non solvat principalis, tum fidejussor in carcerem detrudatur? Et licet multi negativè respondeant, Speculator in tit. de renunciatione & conclusion. §. item est beneficium. n. 29. Bartol. & ad eum Albanus, Imol. Alexand. Angel. & Roman. in l. alia. 14. §. eleganter. ff. sol. matrim. Salicet. in l. 1. C. qui bon. ced. poss. & Felin. in c. ex rescripto. 9. de jurejurand. Bachovius in dict. not. ad Trentler. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. vers. hinc. & ad carceres. pag. 937. & seqq. contrarium tamen hisce potissimum defendi solet argumentis. I. Omne factum licitum & honestum in stipulationem deduci, & stipulatione promitti potest. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat. Atqui aliquem pro debito per magistratum carcerari, est factum licitum & honestum, arg. l. nemo carcerem. 2. vers. vel certè si quis, & c. C. de exactorib. tributor. Berlich. part. 2. conclusion. practica. conclus. 27. n. 28. II. In d. c. ex rescripto. 9. de jurejur. habetur: obsides dari posse pro debito pecuniario; & valere pactum, ut si creditori satisfactum non fuerit, tum in obstagio esset debitor, vel ipsius fidejussor, hoc est, in loco convento sese sisteret, nec recederet, donec promissa adimpleverit. Obstagium autem censetur species carceris, arg. l. succurritur. 9. & l. nec non 28. §. 1. ff. ex quib. caus. majores, & c. Vide Bachovium in dictis not. ad Trentler. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. vers. hinc obstagii pœnam. pag. 939. & ibidem Hunnium in resolut. quest. 30. pag. 213. itemq; D. Besold. in thesauro pract. lit. L. n. 36. p. 513. & seqq. Igitur conventio, quâ liber homo se ad carcerem obligat, valere videtur. III. Ulpianus in l. quod & lex. 3. §. si quis. 5. ff. de homine lib. exhibend. aperte scribit: Si quis volentem retineat, non videri dolo malo retinere. Jam verò qui ex conventionem debitorem in carcerem auctoritate magistratus detruit, donec solvat, detinet volentem: cum semel is in hoc consenserit: nec attendatur, quod nunc dissentiat, arg. l. sicut 5. Cod. de obligat. & actionib. Ergo, qui in carcerem debitorem, vel ipsius fidejussorem conjicit, cum ad hoc priùs ille conventionem sese obligarit, dolo non facit, sed jure suo utitur. IV. In l. Titius servum. 9. ff. de servis exportand. & l. si quis sub hoc pacto 56. ff. de contrab. empt. traditur: quod, accedente pacto de manûs iniectione, regulariter permilla sit detentio. Nec moverit; hosce textus loqui de servis: ac proinde, cum dicantur esse in bonis nostris, §. 2. seqq. supr. de jure personar. §. item ea, quæ ex hostibus. 17. supr. de rer. divis. de illis faciliùs hujusmodi valere conventionem: at nihil quicquam agere textus illos de hominibus liberis, qui hominum commercio exempti sunt §. ult. infr. de empt. & vendit. Etenim nihil diversitatis subesse videtur, quare manûs iniectio ex pacto non ita debeat contra debitorem concedi, prout tribuitur adversus alienum servum: cum, in proposito, servus venditus & traditus emptori, tam quoad dominium, quàm etiam quoad possessionem, in nostrâ potestate esse desierit. §. per traditionem. 40. supr. de rer. divis. & l. traditionibus. 20. Cod. de pactis. Atq; hisce, & similibus rationibus hanc sententiam defendunt Vdalricus Zasius lib. 2. singularium respons. c. 8. Henning. Gædd. consil. 2. lib. 9. n. 59. & seqq. Mynsinger. cent. 6. observ. 51. n. 3. & seqq. Andr. Clud. de sequestrat. c. 1. n. 106. Coler. in process. execut. part. 1. c. 6. n. 44. cum seqq. Trentl. vol. 2. disp. 28. th. 4. sub. lit. F. eosq; citans Hunnius d. lib. 3. var. resol. jur. civ.

civ. rr. §. 9. 6. Ubi, in vers. ego in hac Interpretum, &c. non ineptè sic statuendum censet: debitorem principalem sese obstringere posse ad carceres, si statuto die non solverit, pro eoq; etiam fidejussorem consimiliter ad carcerem se obligare posse: at cum debitor principalis se ad carceres non obligavit, fidejussorem ita sese obligare non posse, ut si principalis non solverit, ipse fidejussor satis sit factururus, aut in carcerem iturus: quia hac ratione fidejussor in duriorē causam obligaretur: quod fieri non posse, ostendetur in §. fidejussores. §. infra hoc tit. Hincq; pertinere videntur, quæ de obligatione ad carceres prolixè scripsit Berlichius d. part. 2. conclus. 27. per tot. & conclus. 28. n. 56. & seqq.

38 Non obloquitur amenti sententiæ, quod Ulpianus JC. in prædictâ l. liber homo. 13. ff. ad leg. Aquil. scribit: neminem esse dominum membrorum suorum. Hoc namq; exaudiendum est de extinctione vel amputatione membrorum, ad quam nulla conventio, nullum pactum extendi potest. Diversum verò obtinet in pacto carceris, de quo hoc agitur loco: quia carcer non affligit membra, aut extinguit: sed arctat solummodo debitorem, absque omni periculo corporis ad hærendum certo in loco, donec solverit. Neq; hanc solutionem impedit, quod plurima & maxima sint carceris incommoda, haud cum levi corporis & valetudinis periculo conjuncta: veluti, fætor, squalor, tenebræ, solitudo, & id generis alia. Quia hæc locum habent in carcere noxiorum subterraneo, in quo custodiuntur pœnæ, propter admissum aliquod flagitium, destinati. d. l. 2. vers. carcer. pœnal. C. de exactor. tribut. Non autem procedunt in carcere debitorum, qui reis in causis pecuniariis assignatur, & plerunq; in locis editioribus, super portis Civitatum, aut in Curia, habetur; ita ut nec lumen cœli & solis, nec usus salubris aëris carceratis adimatur. Ioan. Köppen decis. 29. n. 20. Coler. d. part. 1. cap. 6. n. 111. & seqq. Rutgers. Ruland. de commiss. part. 2. lib. 4. c. 1. n. 7. Berlich. d. concl. 28. n. 66. & seqq.

39 Nec quicquam obstat textus in l. Titio centum 71. §. 2. ff. de condit. & demonstr. ubi Papinianus, Titio, inquit, centum relicta sunt ita, ut à monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat: potest dici, non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur. Ibi enim hoc expressè actum erat, ut Titius perpetuò & purè ac præcisè maneret adstrictus ad commorandum in loco monumenti, vel ad habendum domicilium in illâ civitate, & non alibi. Ideoq; rectè ibidem deciditur, quod talis appositio conditionis seu modi non valeat: quia infringat ius libertatis. Secus est in nostrâ quæstione, ubi qui obligavit se ad carcerem, non perpetuò vel præcisè tenetur: sed quodcumque pecuniam vel interesse solvendo liberatur.

40 Nullum præterea nobis negotium facessunt illi textus, quibus cavetur, quod liber homo, ne quidem volens, servus alterius fieri, aut pignori capi & obligari possit. l. qui filios. §. C. quæ res pignori obligari poss. l. ob æs alienum. 12. Cod. de oblig. & act. l. nec si volens. 6. Cod. de liberal. caus. & similes. Si quidem per hanc conventionem sive pactionem, ut debitor certâ die solvat, aut non solvens in carcerem eat, non efficitur debitor creditoris servus: nec hoc agitur, ut creditori serviat, aut pignori capi queat: sed solum ut solvat, & ad solvendum arctius adstringatur, & coarctetur. Nec concedendum est: carcerem, de quo hîc tractatur, in servilem statum debitorem deducere, & speciem servitutis esse: quoniam id nullibi in iure fundatum reperitur. Sed & in proposito debitor non simpliciter se ad carcerem obligat, verum ita, si non solverit: proinde, solutione ad diem factâ,

41 carceris custodiam facillè evitabit, Idq; fusiùs paulo explicat D. Hunnius d. quæst. 6. ubi & alia dissentient. fundamenta perspicuè refellit. Idem ad verbum ferè (pro more) repetit in resol. ad Trentler. d. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F. quæst. 29. pag. 209. & seqq. Adde Phil. Knipschildt. exercit. Acad. 7. quæst. 8. pag. 262. Adde item D. Martam, tom. 3. digestorum novissimor. tit. obligatio. c. 7. fol. 233. ubi subijcit: cum magnus in Germania obstagiorum abusus sit factus, illaque extremo debitorum malo, & multo creditorum commodo fiant; sed multa inde publica scandala oriantur: ideo novissimâ Imperii politicâ constitutione, & sic lege publicâ hujuscemodi obstagia interdicta in posterum, & prorsus abolita esse, ex decisione Camere Imperialis 45. part. 2. Andrea Guil. & decis. Gratianopolitana. 61. Gnidonis Papa.

§. Fidejussor non tantum. 2.

Fidejussor non tantum ipse obligatur: sed etiam heredem relinquit obligatum.

S U M M A R I A.

- 1 Obligatio fidejussoris ad heredes ipsius transit.
- 2 Omnis obligatio ex contractu ad heredes transmittitur.
- 3 Actiones, ex delictis descendentes, quando in heredem competant.
- 4 Ex alterius contractu nemo obligatur.
- 5 Heres & defunctus una eademque persona reputantur.
- 6 Ex personâ heredum, conditio obligationis non mutatur.
- 7 Quibus casibus obligatio fidejussoria non transeat in heredes.
- 8 Conventio & pacta dant legem contractui.
- 9 Si convenit inter creditorem & debitorem de substituendis aliis fidejussoribus: tunc fidejussio, mortuo fidejussore, expirat.

Hoc loco de effectu fidejussionis differere incipit Imperator, & ostendit: quod fidejussoris obligatio etiam ad heredes ipsius transeat. Quemadmodum ergo, reo principali mortuo, heres ejus obligatus remanet: ita & mortuo fidejussore, ejus heres tenetur, hoc §. nostro. l. potest. 4. in fine ff. hoc tit. l. fidejussoris. 24. Cod. eodem. l. veteres. 13. Cod. de contrah. & committ. stipulat. Ratio, cur etiam heres fidejussoris teneatur, non obscura est: quia omnis obligatio ex contractu ad heredem transmittitur. l. ex contractib. 49. ff. de obligationibus & actionibus l. hoc jure. 152. §. ult. ff. de reg. jur. §. non autem omnes. 1. infr. de perpet. & temporalibus act. l. unica C. ut act. & ab hered. & contr. heredes incip. Quin & si obligationi ex delicto fidejussor accesserit, heredem suum obligatum relinquit: si modò ante rei mortem lis contestata, vel pro maleficio certa pœna promissâ fuerit. Sicut enim actiones, ex delictis descendentes, in heredem tum demum competunt, quando lis contestata, vel heres inde locupletior factus sit. d. §. 1. vers. aliquando tamen. infr. de perpet. & temp. actionib. l. omnes. 26. l. constitutionib. 33. l. sciendum. 58. ff. de obligationibus & actionibus. l. si plures. 17. in fin. ff. de dol. mal. l. sicuti. 38. & l. totiens. 44. ff. de reg. jur. ita etiam heres fidejussoris non quidem pro ipso maleficio, sed pro pœnâ, quam pro maleficio commissio fidejussor spondit, obligatus manet, atq; ad eam solvendam conveniri potest, uti tradunt hic Glossa, Sylvester Aldobrandin. Angel. Faber. Mynsinger, Heigius, & ceteri: item Bartol. Iason & Costal. in l. si eum. 10. §. qui injuriarum. 2. ff. si quis cautionibus in iudicio, &c. Albertus Brunus in tract. de interitu & precept. conclus. 10. num. 36. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 160. & singul. 159. Sebastian. Medic. in tract. Mors omnia solvit. part. 2. conclus. 45. num. 125. Bertazol. in tract. claus. instrum. claus. 39. glos. 6. num. 1. & 2. Roland. à Valle consil. 58. num. 5. & seqq. vol. 1. hosque laudans Antonius Hering. in tract. de fidejussorib. c. 20. §. 10. num. 29. Benst. ad l. admonendi. 31. n. 343. ff. de jurejur. Berlichius, part. 2. conclusio. practicabil. concl. 26. n. 7. & seqq.

Nec adversatur l. cum te possessiones. 3. in fine. C. ne uxor pro marito, vel maritus pro uxore, &c. ubi dicitur, ex alterius contractu neminem obligari. item l. unic. C. ut nullus ex vicaneis. &c. ubi deciditur, grave esse non solum legibus, verum etiam æquitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari. Etenim cum heres & defunctus una eademque persona esse censeantur. Novell. 48. circa finem præfationis. heresque in universum jus defuncti succedat. l. hereditas. 62. ff. de regul. juris. meritò heres defuncti debita solvere cogitur: siquidem ex personâ heredum, conditio obligationis non immutatur. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. obligat. l. totiens. 6. in fine princ. ff. de pollicitationib. l. 1. & ultim. Cod. de hereditat. actionib. deinde frustra recusat heres id, quod retractare non potuit ille, cujus hereditatem suscepit. l. postulante. 44. in princ. vers. ceterum. ff. ad senatusconsult. Trebell. Hering. d. cap. 20. §. 10. num. 31. & seqq.

Et si verò obligatio fidejussoria in heredes transeat: hoc tamen intelligendum, nisi aliter conventum sit, vel aliud actum appareat à contrahentibus. l. si sine. 22. §. si in stipulation. 7. ff. rem ratam haberi. l. semper in stipulat. 34. ff. de reg.

8 *reg. jur.* Conventio quippe & pacta dant legem contractui. *l. 1. §. si convenit. ff. de pos. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. c. contract. 85. eod. in 6.* Actum autem aliud censetur, si in instrumento cautionis expressum sit, quod fidejussor duntaxat, vel solus fidejussor, non etiam ipsius heres, obligari debeat. Quotiescunque enim aliquid additum est, ex quo apparet, contrahentes ad propriam ipsorum personam respectum habuisse, & ad semetipsos contractum coartare voluisse: toties obligatio, quæ ex sui naturâ etiam heredes comprehendit, propter verba illa restrictiva, ad heredes non transit. *l. juris gentium. 7. §. pactor. 8. l. §. heredi. 21. §. ultim. junctâ l. seq. l. si unus. 27. §. pacta. 4. vers. ante omnia. ff. de pact. l. si necessarias. 8. §. de vendendo. 4. ff. de pignor. act. l. non solum. 8. §. tal. 3. ff. de liberat. legat. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gl. 6. num. 2. & seqq. Ioan. Iacob. Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. §. 3. sub lit. a. Hartman. Pistoris part. 2. quest. 26. num. 3. ubi ad hoc plures allegat. Eandem sententiam in terminis amplectuntur. Matt. Coler. in tr. de process. execut. part. 1. c. 10. num. 318. Francus in tr. de fidejuss. c. 5. num. 87. & seqq. Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. §. lit. B. vers. excipe tamen, & c. pag. 942. & ibidem Hunnius in resol. vers. limitatur, & c. pag. 217. Tametsi contrariam opinionem longè veriorē esse, judicet, post alios, Berlichius d. conclus. 26. n. 19. & seqq. Idem statuendum est, si conventio inita proponatur inter creditorem & debitorem, de substituendis sive subrogandis in locum demortuorum aliis fidejussoribus. Nam hæc conventio similis est priori: quoniam & in eâ id tacitè actum fuisse videtur, ut fidejussio illa tantum ad vitam fidejubentis duraret, & post mortem ipsius statim exspiraret, adeoque heres ejusdem conveniri nequiret, arg. §. at si ita. 3. verb. quoad vivam. supr. de verb. obligationib. & l. penult. ff. hoc tit. Heigius hîc num. 5. Wesenbec. consil. 14. n. 85. & 86. Atque ita in Dicafteriis Lipsiensi & Jenensi jam dudum de jure uniformiter responsum fuisse, testatur Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 280. in fin. & decis. German. 30. n. 6. & seqq. eumque referens Heringius, d. c. 20. §. 10. n. 63. ubi plura observata per digna diligenter declarat. Idem refert Berlichius d. part. 2. conclus. 26. num. 14. & seqq. ubi & alias nonnullas restrictiones adducit. Adde Dn. Collegam Besoldum consil. 35. num. 4. & seqq. vol. 2. pag. 50. item consil. 72. num. 34. & seqq. pag. 904.*

§. Fidejussor & præcedere. 3.

Fidejussor & præcedere obligationem, & sequi potest.

SUMMARIA.

- 1 Fidejussor & sequi & præcedere principalem obligationem potest.
- 2 Fidejussoria obligatio est accessio quedam.
- 3 Accessio rem principalem sequitur.
- 4 Fidejussor sub conditione accipi potest.
- 5 Servitus quatenus futuro ædificio constituitur.
- 6 Explicatio & consideratio hîc debitori. 47. §. 1. ff. hoc tit.
- 7 Mens & sententia l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.
- 8 Differentia inter fidejussorem, & mandatorem atq. constitutorem.
- 9 D. Bocerius dissentientis instantia diluitur.

1 **F**IDEJUSOREM & sequi & præcedere principalem obligationem posse, non solum Justinianus hoc loco differtè adstruit: verum etiam liquido constat ex l. potest. 4. in princ. & l. stipulatus sum. 6. §. ult. ff. hoc tit. itemq. l. non quemadmodum. 35. ff. de iudiciis. & l. eo tempore. 50. in princ. vers. sed fidejussorem. ff. de peculio. ubi etiam futuræ obligationi fidejussor rectè adhibetur. Nec obstat, quod fidejussoria obligatio sit accessio quedam principalis alicujus obligationis. §. fidejussores. 5. infra, hoc tit. l. generaliter. 5. ibi, ex causa accessionis. & l. hi, qui accessionis. 34. ff. eod. Accessio autem naturâ rem principalem sequatur, non præcedat. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. accessorium. 42. eod. in 6. Nam respondetur: fidejussoriam obligationem præcedere quidem posse principalem obligationem ordine temporis, & conceptu verborum: sed effectu & re ipsâ non item. Quia antequam reus principalis debeat, fidejussor conveniri non potest. l. fidejussor, antequam. 57. ff. hoc tit. hoc est, isthæc futuræ obligationis fidejussio tum

demum effectum habet, cum obligatio subsecuta fuerit. Fidejussorem liquidem etiam sub conditione accipi posse, apparet ex d. l. stipulatus sum. 6. §. 1. ff. eod. Et ita tradunt Canticus. Porcius, Mynsinger. & Giphanius in hoc §. nec non Hunnius in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 3. lit. F. q. 22. p. 200. Sic quoq. servitus prædii, quæ prædii adjunctum & accessio est, potest imponi & constitui ædificio futuro, promissione scilicet, sed non reverâ, nisi extructo ædificio. l. si servitus. 23. §. ultim. ff. de servitutibus prædior. urban. l. Labeo. 10. ff. de servitutibus prædior. rustic. & explicatum ad §. ideo. 3. n. 3. supr. de servitutibus prædior. Quod autem fidejussio illa non ex præsentis tempore vires habeat: sed ex tempore principalis obligationis existentis robur capiat, colligitur ex l. si debitori. 47. §. 1. ff. hoc tit. Namque in facti specie ibi propositâ filiusfamilias crediturus alicui pecuniam ex peculiari causa, accipit fidejussorem futuræ illius obligationis nomine: sed emancipatus postea credidit pecuniam. Fidejussor ille non patri, sed filio jam emancipato obligatus dicitur: quia eo tempore, quo cœpit principalis obligatio ob creditam pecuniam, filius ille non ampliùs fuit in patriâ potestate. Caterùm quod illic filio, humanitatis intuitu, actio ex fidejussione dari dicitur, hoc est, utilis actio, non directa: ideo fit, quod tempore fidejussionis filius adhuc erat in patriâ potestate: proindeque patri directa actio competere videbatur: cum obligatio & actio à filiofamilias quæsita, ne momento quidem in personâ filii constituisse existimetur. Quia verò non patri, sed ipsi filio ex eâ fidejussione competit actio: inde manifestum evadit, quod fidejussio futuræ obligationis nomine facta, non ex die interpositæ fidejussionis; sed ex tempore principalis obligationis, vires capiat.

Cui non obstitit textus in l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligationib. ubi Paulus, Si filiusfamilias, inquit, sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit: deinde extiterit conditio: patri actio competit: quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. Nam inter stipulationem principalem, & accessoriam obligationem ex fidejussione distinguendum est. Principalis stipulatio facta sub conditione, quodammodo statim ex præsentis tempore vires accipit, quamvis ex eâ petitio suspensa sit. l. cedere diem. 213. ff. de verb. significat. Quod autem quodammodo statim cedat dies stipulationis conditionalis, liquet ex eo, quod hæc stipulatio etiam ad heredes transit. §. sub conditione. 4. vers. ex conditionali. supr. de verb. obligat. At accessoria stipulatio in futurum collata, vel sub conditione facta, vires non statim accipit ex præsentis tempore; sed est in suspenso, quoad existat aliqua principalis obligatio. Accessoria itaque ex principali pendet: principalis per se subsistit, nec pendet aliunde: alioqui non esset principalis. Ita diserit hoc explicat D. Collega Bocerius in hoc tit. num. 112. & seqq. pag. 318. Porro quod hîc dicitur, fidejussorem præcedere & sequi obligationem posse: in eo ipse à mandatore & constitutore differt. Mandator etenim præcedit tantum obligationem principalem l. si vero. 12. §. si post creditam. 14. l. si mandaverit. 22. in princ. & §. 1. l. si quis. 27. in princ. ff. mandat. constitutor verò eam sequitur. l. 1. §. an potest. 5. & seqq. ff. de constit. pecun. & notant Eguinaris Baro & Mynsinger. hîc numero 2. Francisc. Connan. lib. 6. Commentar. juris civil. cap. 6. num. 1.

Caterùm hoc discrimen inter fidejussorem & mandatorem non rectè intelligit Dn. Collega Bocerius, dum in hoc tit. nostro, num. 20. pag. 304. inquit: mandatum sæpe numero sine aliâ præcedente vel sequente obligatione consistere. Etenim mandatum, de quo hîc loquimur, non refertur ad principalem obligationem, quæ nullâ ex parte attingit mandatorem: sed consideratur ratione obligationis fidejussoriæ, quæ sequitur mandatum. Et licet subsequens ratihabitio mandatum inducat: attamen inspectâ fictione juris, quæ retrotrahitur ratihabitio, etiam hîc mandatum præcedere intelligitur. Vera ergo manet illa differentia inter mandatum & fidejussionem: quod illud tantum præcedat obligationem: ut noviter quoque bene sentit D.

Bachovius in not. ad Treutler. vol. 2. part. 2.

pag. 892.

§. Si plures. 4.

Si plures sint fidejussores: quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit solidum petere. Sed ex epistolâ divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modò solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit: hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit: huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistolâ divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

S U M M A R I A.

- 1 Si plures idem debitum fide suâ esse inbeant: singuli in solidum obligantur.
- 2 Correo qua sit conditio.
- 3 Creditor, reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest.
- 4 Iure novo inter fidejussores obligatio aqualiter, pro virilibus partibus dividitur.
- 5 Quod quidem procedit, si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestata tempore.
- 6 Divisio isthac non fit ipso iure, sed ope tantum exceptionis.
- 7 Si fidejussor conventus divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: an quod amplius parte suâ solvit, à creditore repetere possit.
- 8 Num fidejussor, quod amplius parte suâ exsolvit, à reliquis confidejussoribus repetere queat.
- 9 Inter confidejussores nulla contrahitur obligatio.
- 10 Cui competat negotiorum gestorum actio.
- 11 Divisionis exceptio quando opponenda sit.
- 12 Quibus casibus divisionis beneficium cesset.
- 13 Intellectus l. pupillus. 6. ff. de fidejussoribus & nominator. tutor.
- 14 Consideratio l. si fidejussores. 7. ff. eod. tit.
- 15 Divisionis beneficium non habet, qui se fideiussisse negavit.
- 16 Item, qui ei renunciavit.
- 17 Item cessat istud beneficium, si mulier & Titius pro Caio fideiusserunt.
- 18 Scire debere, & scire posse, paria sunt.
- 19 Consideratio l. 17. §. ult. & l. 18. ff. ad SC. Vellejan.
- 20 Consideratio l. si sponsus. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.
- 21 Consideratio l. si paternam. 8. C. ad SC. Vellejan.
- 22 Cessat divisionis beneficium, quando fidejussor alium fidejussorem dedit.
- 23 Plures fidejussores, qui se ad factum obligaverunt, divisionis beneficio non gaudent.
- 24 In obligationibus obtagiorum, isti beneficio non est locus.
- 25 Ordinis seu excussionis beneficium quando habeat locum.
- 26 Exceptio dilatoria ante litis contestationem opponenda.
- 27 Principalis debitoris excussio usque ad peram & sacculum fieri debet.
- 28 Quibus casibus excussionis beneficium non procedat.
- 29 Iuri suo quisque renunciare potest.
- 30 Verum fidejussor, qui se ut principalem obligavit, ordinis beneficio renunciasse censetur.
- 31 In contractuum instrumentis nullum verbum debet esse otiosum.
- 32 Verba contractuum accessoria magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quam ex mente contrahentium, adici solent.
- 33 Contrahentes per pacta sua formam contractui dare dicuntur.
- 34 Renunciare nihil aliud est, quam se principalem constituere.
- 35 Nemini licet adversus sua pacta venire.
- 36 Verbis, vel facto se declarare, paria censentur.
- 37 Vbi persona conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficit.
- 38 Novatio quando inducatur.
- 39 Sententia Novell. 4. c. 1. & Novell. 136. in princ. & c. 1.
- 40 Aliud reus principalis, aliud constituens: item aliud constituens, aliud fidejussor.
- 41 Nunquid fidejussor excussionis beneficio renunciasse existimetur si iurejurando se obligaverit.
- 42 Iuramentum induit naturam contractus, cui adjicitur.
- 43 Natura obligationis fideiussoria que.
- 44 Excussionis exceptio summâ aequitate nititur.
- 45 Iuramentum ad incogitata, & futura extendi non debet.
- 46 Quatenus iuramentum sit servandum.
- 47 A separatis nihil inferitur.
- 48 Sensus cap. ex rescripto. 9. ext. de iurejurando.

- 49 Fidejussor subsidiarius sive indemnitis, ordinis beneficio renunciare nequit.
- 50 Excussionis beneficium non habet fidejussor, si debitor principalis sit absens, ita ut sine magnâ difficultate conveniri non possit.
- 51 Si debitor notoriè solvendo non est, prædictum beneficium cessat.
- 52 Item cessat, si fidejussor se fideiussisse inficietur.
- 53 Lex mendaces odio habet.
- 54 Propria mendacis poena est, ut ei, etiam vera dicenti, non credatur.
- 55 Legis auxilium frustra implorat, qui in illam committit.
- 56 Excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fideiusserit.
- 57 Item si fideiussor debitori succedat.
- 58 Cedendarum actionum beneficium quale.
- 59 An fideiussor actionum cessionem non solum ante, vel in ipsa solutione, sed etiam post factam solutionem, petere debeat.
- 60 Enucleatur l. cum is. 36. ff. hoc tit.
- 61 Non enim nulla sunt qualitates.
- 62 Emptori quando actio empti competat adversus venditorem.
- 63 Solutione debiti omnis obligatio tollitur.
- 64 Donatio non presumitur.
- 65 Mens & sententia l. Modestinus. 76. ff. de solutionib.
- 66 Num fideiussori solidum solvendi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejussores cedi debeat.
- 67 Quibus casibus cedendarum actionum beneficium cesset, ren. iussur.
- 68 Virum exceptiones, debitori competentes, eius quoque fideiussoribus dentur.
- 69 Omnes exceptiones reales, qua debitori competunt, etiam fideiussoribus tribuuntur.
- 70 Exceptiones reales cur ita dicantur.
- 71 Exceptiones personales ad fideiussorem non porriguntur.
- 72 Privilegia, in gratiam alicuius persona concessa, illam personam non egre diuntur.
- 73 Pactum personale non extenditur ad aliam personam.
- 74 Intellectus l. in persona. 32. ff. hoc tit.
- 75 Fideiussor non in plus, sed archius obligari potest, quam principalis.
- 76 An beneficium restitutionis in integrum minoris, etiam fideiussionibus prosit.
- 77 Quatenus, liberato debitore principali, accessiones quoque liberentur.

Hic quoque de effectu fideiussionis tractatur, & docetur: quod etsi plures idem debitum fide suâ esse iusserint: singuli tamen in solidum, & non in partes viriles, obligentur; sic ut creditor à singulis, & à quocunque velit, totum suum debitum petere possit. l. non rei. 3. & l. reos 23. C. hoc tit. Ratio est perspicua: tum quia plures isti sunt correi promittendi: quorum hanc esse conditionem, ut singuli in solidum teneantur, liquet ex §. 1. supr. de duob. reis stipuland. & promitt. l. 2. l. 3. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. 2. Cod. eod. & notat Hotoman. hic enunciat. 1. Tum quia id agitur fidejussoribus, ut cautum sit creditori, per principium huius tit. Optimè autem ei cautum est, si singuli in solidum teneantur, tradente hic Giphario. Quinimò creditor, etiam reo principali relicto, à fidejussoribus solidum petere potest. l. si mandavero. 22. §. interdum. 2. ff. mandati. l. iure nostro. §. l. liberum. 16. l. omittis. 17. l. si alienam. 19. l. sententia. 20. & d. l. reos 23. C. hoc tit. Verum hæc duo posterioribus Imperatorum constitutionibus immutata sunt, & correctæ. Etenim prius, de quo hic agitur, & quo dictum est, plures fidejussores in solidum singulos teneri, & à singulis id peti posse, Imper. Hadrianus correxit, sanxitque: ut obligatio inter fidejussores æqualiter pro virilibus partibus dividatur: hoc est, ut creditor non amplius solidum, sed partem à singulis petat. Quod tamen primum ita accipiendum; si modò omnes fidejussores sint solvendo litis contestatæ tempore, sive cum creditor ab iis petit. Ideoque si quis ex fidejussoribus ante exactam à se partem sine herede decesserit, vel litis contestatæ tempore non sit solvendo; hoc ad cæterorum onus respicit. Si vero post litem contestatam fortuna ludibrio bonis illorum aliquis labatur, creditori nocet, nec obest confidejussoribus, hoc §. nostro. v. sed ex epistola, & c. ibiq. Mynsing. n. 4. l. inter fidejuss. 26. cum duab. ll. seqq. ff. hoc t. d. l. 3. in fine. & l. fidejuss. 10. §. 1. Cod. eod. Gædd. in Comm. de contrah. & committ. stip. c. 9. concl. §. n. 107. & seq. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 281. Ant. Hering. in tr. de fidejussorib. cap. 27. part. 2. num. 17. & seqq. Valentin. Franc. in tractat. de fidejussorib. cap. §. num. 462. & seqq. Deinde illud ita intelligendum: ut isthæc divisio non fiat ipso iure, sed ope tantum exceptionis. d. l. inter fidejussores. 26. & l. si contendat. 28. ff. hoc tit. In quâ lege 28. fidejussor nequa-

nequaquam (ut opinatur hic Anton. Pichardo *Virvesa Hispanus. num. 24.*) actionem instituit pro obtinendo beneficio Epistolæ divi Hadriani: sed creditoris molestiam fortè subveritus, contendit: confideiussoribus suos esse solvendo, & ob id se non debere lacerari iudicis officium implorando, ut is declaret & pronunciet, sibi exceptionem competere, seq; liberatum esse ab actione, quæ in se creditori competierat, aut adhuc competere posset; contendit, inquam, fideiussor per modum vel exceptionis, sive depulsionis, vel simplicis querelæ, aut supplicationis, non per viam alicujus actionis. Quæ sanè hic ne somnari quidem potest: cum ad beneficium divisionis non aliter deveniat fideiussor, quam si à creditore, in excusso principali, relictisque confideiussoribus, solvendo adhuc existentibus, solus conveniatur. Quamdiu igitur tacet creditor, tamdiu etiam facile fideiussor tacere potest, nec opus habet, ut actionem aliquam instituat. *Idq; exquisitus declarat Heringius d. c. 27. part. 2. n. 15. & seq. Borcholt. in Comment. de pact. c. 5. n. 80. item Heigius hic n. 6. & sequente. Vide Bachovium in not. & animad. ad Trëntler. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. F. p. 958. & seq.*

- 7 At quid juris, si fideiussor conventus hanc exceptionem, sive hoc divisionis beneficium omiserit, & solidum creditori solverit: ecquid quod amplius parte suâ solvit, à creditore tanquam indebitum repetere poterit? Id quod negat hic Imperator: & rectè quidem. Sibi enim imputare debet fideiussor, quod exceptionem istam non opposuerit; & ut pro parte in se daretur actio minus desideraverit, per hunc §. nostr. vers. sed si ab uno, &c. l. ut fideiussor. 39. & l. si testamento. 49. §. 1. v. quod si duo. ff. hoc tit. Franc. d. c. 5. num. 443. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 84.
- 8 & seqq. Nunquid verò fideiussor, quod amplius parte suâ exsolvit, id à reliquis confideiussoribus repetere poterit? Id ipsum quoque negari videtur, hic in fine & d. l. ut fideiussor. 39. ff. hoc t. & in l. cum alter. 11. Cod. eod. Ratio ejus hæc est: quia inter confideiussores nulla contrahitur obligatio: ac proinde nulla competere potest actio, d. l. cum alter. 11. C. hoc tit. Et quamvis regulariter huic, qui alterius negotium utiliter gessit, aut dissolvit debitum, negotiorum gestorum actio detur. l. 2. l. si pupilli 6. §. 1. cum seqq. ff. de negotiis gestis. illa tamen fideiussori adversus confideiussorem hoc in casu merito denegatur: quoniam fideiussor non principaliter contemplatione confideiussoris sui solvit: sed ut principalem debitorem, & seipsum liberaret. Ita sentiunt Donell. in d. l. cum alter. 11. C. hoc tit. Rittershusius & Schneidevv. hic n. 22. & seq. Berlichius part. 2. conclus. practicab. concl. 22. n. 76. aliq; per hunc citati. Illud controversum inter Doctores videtur: quando hæc divisionis exceptio opponenda sit? Et (non attentis opinionibus contrariis, quas referunt Salicet. n. 5. & Sichard. n. 10. cum seqq. in d. l. fideiussor. 10. Cod. hoc tit. nec non Colerus de processib. execut. part. 4. c. 1. n. 96.) eam, utpote peremptoriam, etiam post litis contestationem, usque ad sententiam definitivam opponi posse, rectè statuitur, d. l. fideiussor. 10. §. 1. ibi, ante condemnationem. C. eod. & ibi Accurs. Cyn. Bartol. Alberic. de Rosat. Bald. Angel. & alii communiter. Speculator in tit. de renunciat. & conclus. §. 1. vers. sequitur videre, &c. Ioan. Petr. de Ferrar. in suâ pract. in forma lib. contra plures reos debendi. verb. beneficio novar. constitutionum. n. 2. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 13. n. 15. Valent. Franc. de fideiussorib. d. c. 5. n. 460. Dn. Bocer. class. 2. disput. 16. thes. 33. ed. 2. & in hoc tit. n. 204. cum seq. p. 330. Hackelman. illustr. disput. 22. thes. 19 ad lit. B. Ioan. Faber. Platea. Bachovius n. 3. p. 788. & Heigius n. 7. in hoc §. aliq; per eos allegati. Adde Locamerum questionum juridicar. fascisc. 37. quest. 7.

- 12 Enimverò hoc divisionis beneficium primò non admittitur in pluribus fideiussoribus, qui pro uno tutore sponderunt, rem pupilli salvam fore: ex hac ratione, ne una causa in plures dividatur cum pupilli incommodo. l. ult. ff. rem pupilli salv. for. Mynsinger. hic n. 6. Anton. Pichard. n. 19. D. Bocer. n. 208. pag. 331. & Rittershusius in fine. Quibus adjiciatur Philippus Knipschildt exerc. Justin. 7. quest. 13. pag. 268.

- 13 Non adversatur l. pupillus. 6. ff. de fideiussor. & nominator. tutor. & curator. ubi pluribus fideiussoribus, pro tutore

interveniens, hoc divisionis beneficium competit. Nam ibi plures tutores aliquot dederunt fideiussores: quibus, si tutores solvendo sint, beneficium divisionis ex personâ tutorum (qui & ipsi exemplo fideiussorum ad portionum virilium rationem admittuntur. l. 1. §. nunc tractemus. 10. & §. seq. ff. de tutela, & rationibus distrabend.) conceditur. At ubi ab uno tutore plures fideiussores sunt dati: tunc illis beneficium istud, ob favorem pupilli denegatur. d. l. ult. ff. rem pupilli. salv. for. Cujac. in Comment. ad Papin. in d. l. 6. ff. de fideiussor. & nomin. &c. tit.

Neque repugnat l. si fideiussores. 7. ff. eod. tit. ubi unus tutor plures fideiussores dedit: & tamen inter eos actio dividitur. Etenim ratio ibi hæc subindicatur: quod adolescens sibi ipsi in illo casu præjudicaverit, dum contentus fuit, fideiussores stipulanti sibi promittere, se reddituros, quod à tutore convento servari non potuisset. Quia enim adolescens onus fideiussorum (quod erat, ne actio divideretur. d. l. ult. ff. rem. pupilli. salv. for.) suscepisse per secundam stipulationem videtur, arg. l. penult. ff. de prator. stipulat. rectè Papiniano placuit, inter illos fideiussores, qui solvendo sunt, actionem dividi debere. Ita bene hoc explicat Anton. Hering. d. tract. de fideiussorib. c. 27. part. 2. n. 51. & seq.

Secundò non obtinebunt divisionis beneficium, qui se fideiussisse falsò & temerè inficiati fuerint. l. si dubiter. 10. §. ita demum. 1. ff. hoc tit. Hippolyt. de Marsil. in repetit. rubr. de fideiussorib. n. 322. Iason. in l. 1. n. 11. Cod. de transactionib. Gædd. d. Comment. de contrah. & commit. stipul. c. 9. conclus. §. n. 112. Hartm. Hartmanni in pract. observ. tit. de fideiussor. obs. 5. Fulvius Pacianus lib. 1. de probationib. c. 19. n. 27. & 71. Borcholt. hic n. 3. & d. Comment. de pact. c. 5. n. 80. & in Comment. de fend. c. 8. num. 116. & Ant. Gabriel. Roman. lib. 5. commun. conclus. tit. de acquir. vel amitt. possess. conclus. §. num. 13. & per tot. qui per multas negationis penas recensent. Quod quidem verum est, si in iudicio conventi in specie se fideiussisse negaverint: secus, si generaliter per illa verba: nego narrata, prout narrantur: quemadmodum, post Bartol. in d. l. si dubiter. 10. §. ita demum. ff. hoc tit. tradit Mynsinger. hic num. 469. & sequente.

Tertiò divisionis remedium non indulgetur iis, qui efficaciter illi renunciarunt, arg. l. penult. Cod. de pact. l. si quis in conscribendo. §. 1. Cod. de Episcop. & cleric. & Novell. 136. c. 1. Hippolyt. de Marsil. in d. rubr. de fideiussor. n. 27. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. c. 13. n. 15. vers. limita tamen, &c. Iuvenalis à Costaforti, Bellonus n. 12. Anton. Pichard. n. 13. & alii in hoc §. nostro, Frideric. Schenck. in viridar. concl. 90. Ioh. Gutierrez. in tr. de jur. confirm. part. 1. c. 23. & lib. 3. pract. q. c. 95. latissime Matthias Berlichius d. part. 2. conclus. practic. conclus. 22. n. 35. & seqq. ubi varias Dd. opiniones recenset. Ratio ejus manifesta est: quia cum hoc casu ipsimet fideiussores ad jus vetus, quo singuli in solidum tenentur, sponte suâ, & quidem hac ipsa renunciatione in favorem creditoris vergente, redeant; atque Epistolæ D. Hadriani beneficio, pro se introducto renuncient: satis absurdum esset, illos redire ad id, cui renunciandum putarunt, ut rescripsit Imper. Justin. in l. si quis iusjurandum. 11. vers. satis enim absurdum. C. de reb. credit. & l. ult. vers. quod enim semel. Cod. de condit. insert. Anton. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 73 & sequenti.

Quartò cessat divisionis auxilium, si mulier & Titius pro Cajo fideiusserunt. Hoc casu licet uterque fideiussorum solvendo sit: tamen, subductâ muliere, quæ ex senatusconsulto Vellejano intercedere prohibetur, datur in solidum adversus Titium actio: cum is scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere. Paria quippe esse censentur: scire debere, & posse. l. si Titius. 48. in pr. ff. hoc t. junctâ l. 1. ff. de adult. edict. & l. si duo 38. ff. de acquir. vel amitt. hered. Et qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus. l. qui cum alio. 19. in pr. ff. de reg. jur. l. pen. ff. de senatusc. Macedon. Constant. Harmenopol. lib. 3. Epitoma tit. 6. Franc. d. c. 5. num. 474. Mynsinger. hic n. 6. in fin. & Schneidevv. num. 20. vers. sexrò cessat, &c.

Cui non obstat l. idem & si 18. juncto §. ult. legis proximè precedentis. ff. ad senatuscons. Vellejan. ubi mulier pro

parte convenitur; adeoque divisioni locus est. Etenim si masculus & mulier pro alio fideiussor in rem communem: cessat senatusconsulti Velleianum auxilium *l. aliquando. 13. in princ. ff. d. tit.* hoc est, mulier tenetur quidem pro parte sua: non pro parte masculi correi, *l. vir uxori. 17. §. ult. ff. eod.* At si in rem protus alienam mas & foemina fideiussorint: tota persona mulieris subtrahitur creditori, & mas integrum obligationis onus sustinet. *d. l. si Titius. 48. ff. hoc tit.*

20 Nihil etiam stringit *l. si sponsus. §. §. i. ff. de donation. inter viri & uxori.* ubi & mulier & Titius teneri dicitur. Nam praesupponendum est, illo casu mulierem efficaciter obligatam fuisse, non minus, quam Titium: siquidem non omnes contractus, à muliere celebrati, statim omnino sunt inutiles: cum & ipsa recte in creditum abire possit, intercessionem saltem ejusdem prohibita. *l. 1. & 2. ff. ad senatusconsulti. Vellejan. Hering. d. c. 27. part. 2. n. 61.*

21 Nihil item obstat *l. si paternam. 8. C. ad senatusconsulti. Vellejan.* ubi pro parte intercesserunt filii & filiae, sicque marès & foeminae: & tamen marès, subductis filiabus, non in solidum, sed tantum pro parte obligantur. Isto enim casu ab initio contractus, inque continenti caverant fratres & sorores pro parte virili: atque ideo correi non erant *l. inter eos. §. 1. in princ. ff. hoc tit.* Non igitur mirum, si fratres, subductis sororibus, etiam in id duntaxat teneantur, in quod se obligaverunt. *Hering. d. c. 27. part. 2. n. 26. & seq. ubi latius paulo hoc explicat.*

22 Quinto divisionis beneficium non admittitur, quando fideiussor alium fideiussorem dedit. Inter hunc etenim & principalem fideiussorem non magis dividetur obligatio, quam inter reum & fideiussorem: cum is fideiussor, cui alius accessit, rei principalis loco esse videatur. *l. si plures. 27. §. ult. ff. hoc tit. Mynsinger. n. 6. vers. secund. est. & Schneidevvin. n. 20. vers. quarto cessat, & c. Hering. d. c. 37. n. 26.*

23 Sexto plures fideiussores, qui se ad factum aliquod obligarunt, divisionis beneficio non gaudent: cum factum individuum pro parte praestari nequeat. *l. heredes. 25. §. an ea stipulat. 9. ff. familiae ercisc. l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. oblig.* Nisi forte factum fuerit promissum sub hac conditione: *si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Ut enim hoc casu stipulatio apte dividitur: ita etiam solutionem recte dividi existimandum est: cum pecunia partis praestationem bene & commodè recipiat. *d. l. 2. §. 1. & §. idemq. 4. & d. l. stipu-*

24 *lat. 72. ff. eod. tit.* Unde fit, ut in obligationibus obstagiorum, in den Verschreibungen oder Verpflichtungen zum einreissen (quae merum factum sapiunt) divisionis beneficio locus non sit relictus: ut in terminis consuluit Modestinus Pistor. *consil. 1. n. 58. & seqq. vol. 2. eumque secuti Valentinus Franc. d. tract. de fideiussor. c. 5. n. 475. Anton. Hering. eod. tract. cap. 27. p. 2. n. 91. & seqq. Regner Sixtin. consil. 12. n. 125. cum seqq. vol. 2. consilior. Marpurg. & Justus Mejer in Disputat. ad lib. 46. Pandect. tit. 1. th. 25. n. 16.* Quibus in locis illi plures casus, quibus divisionis cessat beneficium, diligenter exponunt.

25 Porro alterum, de quo in praesenti §. non agitur, & quo dictum est *supra num. 3.* creditorem à fideiussoribus solidum petere posse, omisso reo principali, ab Imp. Justiniano plane est abrogatum. Is enim constituit, ut non ante reum principalem fideiussores: Sed principalis ante fideiussores à creditore conveniatur. Quod dicitur beneficium ordinis seu excussionis: quo fideiussor, à creditore conventus, ante litem contestatam utitur: ut nimirum prius debitor principalis conveniatur & excutatur, quam à se debitum postuletur. *Nov. 4. cap. 1. & Auth. praesente. & inib. Scharf. C. hoc tit. & Auth. hoc si debitor. C. de pign. & hypoth. Mynsinger. cent. 2. obs. 15. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civ. cap. 48. p. 578. Heigius hic*

26 *n. 9. Althus. lib. 1. Diaalog. c. 86. n. 35. p. 305.* Ideo autem isthac excussionis exceptio ante litem contestatam opponi debet: quia dilatoria censetur, quae regulariter, ante litis contestationem opponenda est, *argum. l. 2. §. fin. ff. de exceptionib. l. Pomponius. 40. §. ratihabitionis. 3. ff. de procuratorib. l. exceptionem. 19. C. de probationib. Fachin. lib. 8. controversijur. cap. 52. Gravau. lib. 2. conclus. 27. consil. 10. Clariss. Dn. Collega. Besold. class. 2. Collegii Polit. disp. 8.*

coroll. 2. Ioan. Grivellus decis. Senatus Dolatri 71. num. 8. fol. 206. Unde si fideiussor prius, quam principalis, conventus eam non objiciat, sed taceat, litemque contestetur: postea illam opponendo non auditur, sed solvere compellitur: praesertim, cum ipso jure prius conveniri poterat, quam reus principalis. *l. jure nostro. §. Cod. hoc tit. Cynus in d. auth. praesente. n. 8. Cod. eod. Alexand. consil. 33. vol. 4. & consil. 29. n. 23. & seq. vol. 7. Boer. decis. 221. n. 16. Guid. Papa decis. 44. & decis. 570. Jacob. de Arenâ in tract. de excuss. bonor. n. 18. Gozadin. consil. 42. n. 12. Vasquius lib. 1. illustr. controv. cap. 3. n. 7. Matthias Coler. in tract. de process. execut. part. 4. cap. 1. num. 96. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 14. vers. tertio limita, & c. Anton. Gabriel. Roman. lib. 3. commun. conclus. tit. de fideiussor. conclus. 1. num. 12. & seq. pag. 157. Dn. Collega Bocer. class. 2. disputat. 16. thes. 20. edit. 2. Schneidevvin. in hoc §. num. 14. Arumens Exercitat. Iustini. 13. thes. 19. Zanger. in tractat. de except. part. 2. cap. 14. n. 1. & seqq. edit. 1. & alii communiter.* Tamen non desint, qui exceptionem istam in judicio quodocunque, etiam usque ad conclusionem causae, opponi posse, æquius esse contendunt, *Andr. Gail. lib. 2. observ. 27. n. 3. Benedict. de Plumbino de discuss. num. 18. Gæddew. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 9. conclus. 5. n. 103. cum seqq. Emanuel. Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. n. 136. Valentin. Francus in tract. de fideiussor. cap. 5. n. 286. & seqq. pluresq. alii, ab his allegati.* Adde Berlichium part. 1. concl. practicab. conclus. 11. n. 21. & seqq. & Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. thes. 5. quest. 33. p. 218. Et sane principalis debitoris excussio adeo rigorosa censetur, ut usque ad ungulam, sive usque ad sacculum & peram (*uti loquuntur*) fieri debeat, antequam adversus fideiussorem, aut tertium possessorem pignorum agi possit, *Jacob. de Arenâ d. tract. de excuss. bonor. num. 1. & 2. Iason. in §. fin. num. 6. infr. de actionib. Ludovic. Gomez. in §. item Serviana. 7. infr. eod. Vincen- tius Carpius de excuss. bonor. quest. 1. num. 1. hosq. citans Anton. Heringius in tract. de fideiussor. c. 27. part. 1. n. 7. ubi inquit, hodie debitores excuti in omnibus bonis, etiam usque ad indumenta, non relictâ ipsis, nisi unicâ veste, quâ corpus tegant, ne nudi incedant. Et eâ de re bellè dissertat Anton. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 5. error. 8.*

Cæterum istud ordinis seu excussionis beneficium pri-
mo locum non obtinet, quando fideiussor ei specialiter renuntiavit: cum quisque habeat licentiam renunciandi
his, quæ pro ipso introducta sunt, *prædictâ l. penult. Cod. de pact. d. l. si quis in conscribendo. §. 1. Cod. de episcop. & cleric. & d. Novell. 136. c. 1. late Wesenbec. consil. 10. num. 4. cum seqq. Ioan. de Imol. ad l. 1. §. questum n. 15. & 18. ff. quib. appellare non lic. Ruland. in tractat. de commiss. part. 4. lib. 6. c. 4. n. 29. Berlichius part. 2. conclus. practic. concl. 22. num. 5. Gail. d. observ. 27. num. 21. Gæddew. d. c. 9. concl. 5. num. 97. Job. Köppen in decisionib. suis quest. 53. per tot. Francus d. c. 5. n. 343. cum multis seqq. & Hering. d. c. 27. part. 1. n. 186. & seqq.* Unde fit, quod cauti feneratorès & negociatores, sive creditores fideiussorem accipientes, diligenter curant, ut is utrique, tam divisionis, quam excussionis beneficio renunciet: hoc est, ut jure veteri & in solidum, & ante reum principalem conveniri possit, *tradente hic Angelo in fine, & Schneidevvin. n. 10.* Vide eâ de re copiosius dissertantes, *Bachovium in not. ad Treutler. d. vol. 2. disp. 28. th. 5. lit. C. & D. vers. dubitari autem. & c. pag. 947. cum seq. & ibid. Hunnium in resol. quest. 38. pag. 221. & seq.*

Quæstio hic valde agitata, anceps & difficilis movetur: 30
utrum fideiussor, qui se ut principalem, als einen selbstschuldner / obligavit, sicque se principalem debitorem constituit, huic ordinis remedio renunciassè censetur? Et in negativam sententiam plerique descendunt, *Accurs. in Novell. 4. cap. 1. verb. fideiussorem. Azo in summa Cod. hoc tit. Angelus de Clavasio in summa suâ, verb. fideiussor. num. 13. Panormitan. in cap. pervenit. 2. ext. hoc tit. Petrus de Ravenna singul. 201. Tiberius Decian. consil. 25. num. 10. vol. 2. Bertazolius in tractat. claus. instrumentor. claus. 39. Gloss. 4. numero 1.*

Sebastian. Medices in tract. de conservand. passess. n. 312. vers. decimotertio fallit. Francisc. Monaldus consil. 124. in princ. vol. 2. Anton. Tessaur. decis. ped. 166. n. 2. eumque referens D. Marta tom. 3. digestorum novissimor. tit. fidejussor. c. 47. fol. 178. Ernestus Cothman. respons. 22. Andr. Gerhard. deced. 14. quest. 5. Guido Papa decis. 570. num. 6. Schneidevvin. hic n. 11. Coler. d. tract. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 255. Dn. Collega Besold. d. class. 2. Collegii Politici. disp. 3. corollar. 1. & in del. bat. juris ex lib. 46. ff. quest. 1. p. 171. Ant. Merenda lib. 5. controvers. jur. c. 31. p. 367. Francus d. tract. de fidejussor. c. 5. aliq. plures, ab iis relati. Verum contrariam iacentem sententiam, tantquam equitati magis amicam, & in foro crebrius receptam, haud sine rationibus tuentur Hippolytus de Marsil. in repetitione rubricæ de fidejussor. n. 62. & seqq. Stephan. Auserius in addit. ad Capell. Tholosan. decis. 23. Gail. d. lib. 2. observ. 28. n. ult. Natta consil. 52. n. 1. cum seq. & consil. 345. n. 3. Asinius in tract. de execut. in prolegomen. c. 2. n. 27. Hieronym. Grat. respons. 87. vol. 1. Franc. Beccius consil. 45. n. 49. Iac. Putens decis. 58. ad fin. lib. 3. Muscartell. in pract. fidejuss. part. 1. modo 12. n. 7. modo 13. n. 9. & modo 20. n. 18. item part. 2. q. 10. n. 30. Wesenbec. d. consil. 10. n. 19. Camill. Borellus in controvers. 11. n. 11. 12. & 13. Barnab. Cornazzanus decis. Rota Lucens. 113. n. 55. Hackelmann. disp. 22. th. 18. tit. F. Flores Diez variar. quest. lib. 1. quest. 11. Iacob. Curt. lib. 1. conjectur. ad Vividum. c. 13. Hartman. Hartmanni de fidejuss. obs. 1. v. item fideiussor renunciavit. Dn. Bocer. in hoc tit. n. 197. cum seq. p. 329. Arumans Exercitat. Justin. 13. th. 17. (sibi ipsi contrarius dispnt. 23. ad ll. præcipuas pand. th. 5.) Olemann. ad Giphann. lib. 3. disp. 27. n. 37. Paul. Berens. disp. 10. ad Instit. them. 2. quest. 6. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 263. & seqq. Fachin. lib. 8. controvers. jur. c. 54. Ungepaun. exerc. Justin. 11. quest. 8. p. 427. cum seq. edit. ult. Zang. de except. c. 15. n. 9. part. 2. aliq. quos laudat & sequitur Antonius Hering. d. tract. de fidejussor. c. 27. part. 1. n. 118. & seqq. item Dominic. Card. Tuschus tom. 3. pract. concl. lit. E. concl. 404. n. 32. cum seqq. & lit. F. concl. 310. n. 10. cum seq. item Berlichius d. part. 2. concl. 23. n. 4. & seq. Et enim satis ex verbis, in quibus se quis constituit ut principalem pro alieno debito (Ich setze und verschreibe mich zu einem Haupt: und selbstschuldner) apparet: quod creditor ejus solius, non autem personæ veteris debitoris, fidem secutus fuerit. Et certe nisi hoc admitteretur: clausula ista superflue posita, atque nullius momenti esset: cum tamen in contractuum instrumentis, nedum clausula, sed ne minimum quidem verbum debeat esse ociosum, & sine virtute operandi. l. si quando. 109. ubi Gloss. & Bartol. ff. de legat. 1. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. c. si Papa. 10. ibi, cum verba aliquid operari debeant. de privileg. in 6. Iason. in rubr. C. de contrah. nupt. n. 9. Alex. consil. 151. n. 6. vol. 1. Purpurat. consil. 48. n. 4. Hondedaus consultat. 48. n. 34. vol. 1. part. 3. Joachim. à Benst. in l. 3. n. 1. ff. de iurejurand. Marthaus de afflic. decis. 44. n. 19. Et licet objici queat, axioma istud tantum exaudiendum esse de verbis contractuum dispositivis, non item de accessoriis & executivis; quæ magis ex stylo & consuetudine Notariorum, quam ex mente contrahentium, adjici soleant: ac proinde in considerationem non veniant, per notata Socini junioris, consil. 116. n. 21. & consil. 158. n. 18. lib. 2. Parasii. consil. 20. n. 87. lib. 1. Decii consil. 352. colum. pen. vers. quia respondetur. & Andr. Rauchb. part. 1. quest. suar. quest. 2. n. 15. non tamen credendum est, quenquam fore, qui dicere ausit, illa verba (constituo me principalem; &c.) non esse dispositiva, sed ex stylo Notariorum tantummodo adjici: cum nullus eorum tam audax sit, qui ex proprio cerebro vel penu suâ, citra metum infamiae, vel condignæ poenæ, tanti ponderis clausulam in instrumento adscribat. Menoch. consil. 87. n. 45. & seqq. 33 lib. 1. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 91. & seqq. Præterea contrahentes in omnibus obligationibus conventionalibus per pacta sua legem ac formam contractui dare dicuntur. l. 1. ff. de posit. l. in conventionalibus. 52. in princ. ff. de verbor. obligat. l. vetustissimam. 3. §. 1. Cod. de iure domini impetrand. Atqui indubitatum est, quod fideiussor ad principalem obligationem, secundum juris præscri-

ptum, tantum accessorie accedat. l. 1. l. stipulatus. 6. §. ult. l. fidejussor. 3. l. hi, qui accessionis. 34. ff. hoc tit. ac, nisi velit, in plus, quam accessorie, obligari non possit. §. fidejussores. 5. infr. hoc tit. Quod si igitur ab hoc suo privilegio sponte recedat, seque principaliter obstringat: quidni ex accessorio fiat principale, juxta legem, contractui sponte ab ipsomet fideiussore dictam? l. contract. 23. ff. de reg. jur. Novell. 136. c. 1. in fine. Ac sanè dubium non debet esse ullum, quin isto casu beneficium excussionis eodem modo amiserit, ac si ab initio expressè illi renunciasset. Nihil enim aliud est renunciare, quam se principalem constituere. Ideoque merito succedunt hoc casu notissima illa juris axioma: quod nemini liceat adversus sua pacta venire, & contrahentes decipere, d. l. si quis in conscribendo. §. 1. Cod. de episcop. & cleric. d. l. pen. C. de pact. quod paria sint: verbis, vel facto se declarare. 36 l. de quibus. 32. §. 1. ff. de legibus. quod non simus solliciti de modo, quando habemus effectum. l. cum servus. 104. ff. de verbor. oblig. quod denique ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente eâ, beneficium quoque deficiat. l. in omnibus. 68. ff. de reg. jur. Hancque assertionem pluribus rationibus confirmat Heringius d. c. 27. part. 1. num. 106. & seqq. Eandemque novissimè amplectitur Dn. Besoldus in thesauro pract. lit. 3. num. 49. pag. 740. licet olim secus senserit, ut monitum supra num. 30.

Cui obstat, quod novatio non inducitur, nisi expressè id agatur. l. ult. C. de novat. & consequenter non est ipsa obligatio principalis debitoris sublata. Ergo neque fideiussoris obligatio, quæ accessoria est, sublata intelligitur: ac proinde suam naturam retinet, ut scilicet fideiussor non prius conveniatur, quam principalis debitor fuerit excussus. Illud, ajo, non obstat. Libenter enim largimur, novationem non induci, nisi expressè id agatur: sed negamus consequentiam, ex hac ratione: quia hæc duo possunt simul coherere, & etiam coherere: ut debitor principalis remaneat obligatus; & simul quoque fideiussor, sed sine beneficio excussionis. Non potest quippe hoc casu fideiussoris obligatio naturam suam servare: quoniam repugnat fideiussoris conventio, quâ se uti debitorem principalem obligavit. Nam si ut principalis debitor obligatus est: ergo non ut fideiussor: ac per consequens fideiussoris beneficio non gaudet, quasi ipso facto illi renunciaverit: quemadmodum explicat Fachinaus d. lib. 8. cap. 54. vers. non obstat illud, &c.

Similiter non adversatur Novell. 4. c. 1. & Novell. 136. 39 in princ. & cap. 1. ex quibus locis colligitur, quod etiam constituens, sive constituta pecuniæ reus, à creditore conventus, ordinis exceptionem objicere possit: id quod etiam probant Schneidevvinus num. 29. & Zasius in fine, in §. in personam. 8. infr. de actionib. Hartm. Hartmannus in pract. observ. tit. de fidejussor. observ. 1. Daniel Molter. in Commentar. ad Constitut. Saxon. constit. 18. num. 4. part. 2. Respondetur enim breviter: aliud esse reum principalem, aliud constituentem, l. ubi quis. 28. ff. de pecun. constitut. item, aliud constituentem; aliud fideiussorem esse: alias duæ rubricæ in ff. & C. de constit. pecun. & de fidejussorib. frustra positæ fuissent, contra l. si idem. 7. C. de codicill. & l. definimus. 13. in princ. Cod. de agric. l. & censu. & per consequens, aliud esse, per stipulationem constituere se reum principalem ex fideiussore; aliud, nudo pacto se constituta pecuniæ reum facere: hoc casu beneficium excussionis locum habere, illo minimè, per supradicta, & tradita ab Hering. d. c. 27. part. 1. n. 126. & seqq. ubi & aliis Adversariorum rationibus satisfacit. Vide de istâ questione exquisitiùs utramque in partem disputantem Bachovium in præfatis not. ad Treutler. vel. 2. disputat. 28. thes. §. lit. C. & D. pag. 949. & seqq. itemque Frantzkius exercit. 10. question. 8. pag. 316. & seqq.

Illud quoque intricatissimæ quæstionis est: num fideiussor excussionis beneficio renunciasset existimetur, si iurejurando se obligaverit? Et fideiussorem, cum iuramento intervenientem, ab excussionis beneficio excludi, censuerunt Balus & Panormit. in c. ex rescripto 9. extra, de iurejur. Marsilius in d. rubr. de fidejussor. num. 9.

Gozadin. *consil.* 32. n. 14. *Gratus consil.* 28. n. 16. vol. 1. *Tirraquell. in repetit. l. si unquam.* 8. in *prafat. n.* 137. § 152. *Cod. de revocand. donationib.* Roland. à *Valle consil.* 6. n. 45. vol. 1. *Dominic. Cardinal. Tusch. tom. 3. pract. conclus. lit. E. concl.* 404. n. 63. § n. 88. § *lit. F. concl.* 310. n. 540. § *seq.* *Berlich. d. part. 2. conclus.* 22. n. 22. § *seqq.* *Ioannes Ronchegallus ad l. 3. § ubi duo. n.* 127. ff. *de duob. reis constituend.* *Seraphinus de Seraphinis de privileg. juramenti. privileg.* 88. *Iacob. Ayrenus in explicat. l. unic. n.* 86. *C. de errore calculi.* *Natta consil.* 426. n. 22. *Vincent. Carocius de excuss. bonor. part. 2. quest.* 15. n. 2. cum *seqq.* *Ioan. Köppen. in decisionib. suis, quest.* 56. n. 10. *Ioan. Gutierrez. de contract. jurat. cap.* 25. n. 27. § *seq.* *Gail. d. lib. 2. observ.* 27. n. 21. § *seqq.* *Laurentius Tennius Rudolphus in tract. cautelar. cautel.* 30. num. 12. § *seqq.* *Daniel Moller. lib. 1. semestrium. cap.* 16. § *d. Comment. ad constitut. Saxonica. constit.* 17. n. 1. § *seqq.* *Trentler. selectar. disp. vol. 2. disp.* 28. thes. 5. *lit. d. in fine. o. q. laudans Heringius d. cap.* 27. part. 1. num. 45. § *multis subseqq.* Ceterum alii verius & & probabilius esse, statuunt: ex solo juramento nullam renunciationem factam argui posse, *Alciatus in c. cum contingat.* 28. num. 174. ext. *de jurejur.* *Alex. Ias. § Decius in l. ultim. ff. de reb. credit. si cert. pet. Andr. Barbat. consil.* 43. lib. 2. *Grammatic. consil. civil.* 170. num. 4. *Antoninus Tessaure. decis.* 47. n. 4. § *decis.* 166. n. 4. *Duennas. reg.* 335. *limit.* 20. *Soarez. in thesaur. recept. sent. lit. F. n.* 122. *Covarruv. in repetit. c. quamvis. 2. in prima parte.* 5. 4. n. 4. *de pact. in 6. Bertazol. in clausul.* 41. *Glof.* 7. num. 2. *Muscattell. in pract. fidejuss. part. 2. quest.* 10. num. 4. § 5. *Rutger. Ruland. in tract. de commiss. part. 4. lib. 6. cap.* 4. v. 32. *Fachinans lib. 3. controvers. jur. cap.* 15. *Vngepaur. d. exercit. Iustin.* 11. *quest.* 8. pag. 428. cum *seq.* *edit. ult. Zanger in tract. de except. part. 2. cap.* 15. num. 9. *Gomez. lib. 2. var. resolut. c.* 13. n. 21. *Arumans exercit. Iustin.* 13. thes. 18. *Hackelman. illustr. disp.* 22. thes. 18. *ad lit. F. Schaffer. lib. 3. quest.* 7. *Moller. ib. 1. semestr. cap.* 6. *D. Besold. in pradietis delibatis jur. ex lib.* 46. *Pand. quest.* 1. p. 171. *Bevens d. disp. 10. them.* 2. *quest.* 7. § *Francus in tract. de fidejussorib.* c. 5. n. 386. § *seqq.* ubi huic opinioni libentius se subscribere, eamque tutius disputando obtineri posse, asserit: ea maxime ratione, quod juramentum sequitur & induit semper naturam actus sive contractus ejus, cui adicitur, argument. *l. sed si possessori. 11. §. item si juravero. 2. ff. de jurejur. l. ultim. in princip. ff. de liberali caus. l. ultim. ff. qui satisfacere cogant. l. ultim. Cod. de non num. pecun. c. ex parte tua 13. de clericis non* 42 *residentib. c. accessor.* 42. *de reg. jur. in 6.* Sed natura obligationis fidejussoris est, ut ante ream principalem fidejussor conveniri non possit. *pradiet. auth. presente. Cod. hoc tu.* Ergo juramentum contrarium effectum parere non potest, ita ut juranti adimat hoc excussionis beneficium: cum non jurarit, se beneficiis sibi concessis uti nolle; sed se servaturum ipsam conventionem; salvistamen beneficiis sibi indultis, quæ sibi tacite excepisse atque reservasse intelligitur. Accedit, quod excussionis exceptio seu beneficium summâ nititur æquitate; adeoque sublatum per jus urandum dici nequit. Nec commodè obijciatur, quod jurans exceptionem illam opponens, propterea fidem fallat, aut in dilatorias solutionum latebras & circuitus se abdat, proximumvè suum decipiat, contra illud, quod legitur *Levitic. c. 19. vers. 11.* Nam eo ipso, dum excussione factâ, & reo solvendo non reposito, ipse solvere cogitur; utique promissioni atque juramento satisfacit. Juramentum siquidem hic interpositum firmat solummodo ac munit contractum: non ipsa legum beneficia, fidejussori competentia, tollit, per *notata Alciati, Barbar. § Covarruv. a locis præallegatis.* Neque verò juramentum frustra dicitur adjectum, licet non tollat excussionis beneficium. Hoc enim præstat & operatur, ut certò creditor sibi persuaदेat: fidejussorem, tanquam hominem Christianum, non facturum esse irrita, quæ de labiis ipsius processerunt; atque ita animosior & audentior factus, multò promptius debitori succurrat.

45 Præterea juramentum, cum stricti sit juris, ad incogitata, de quibus mentio nulla facta est, extendi minimè debet: sed potius de rebus præsentibus, non futuris intel-

ligendum est. *c. clericus. 35. ibiq. Glof. in verb. quod promisit de jurejurand. Glof. in auth. Sacramenta puerum in verb. exorta C. si advers. vendition.* Atqui excussionis exceptio, tempore initi contractus atque præstiti juramenti, nondum competebat; sed futura erat tum demum, si reus principalis solvendo non esset. *Franc. d. cap. 5. n. 388. § seq.*

Non elevat autimminuit hanc sententiam, quod ejus-46 modi juramentum servari absque dispendio salutis æternæ possit, habeatq; vim præcise ac enixæ voluntatis, & sic quasi expressæ renunciationis, *l. cum pater. 77. §. filius matrem. 23. ff. de legat. 2.* Etenim quod dicitur, juramentum servandum esse: id accipiendum & intelligendum est, observato juris ordine. ut prius scilicet fiat excussio debitorum principalium; & tum demum, istis non idoneis existentibus, fidejussores ad solutionem compellantur. Sed & negatur, illiusmodi juramentum habere47 vim expressæ renunciationis: nec id probat *d. cum pater. 77. §. filius*, cum casus ibi expositus ad nostrum non rectè referatur: adeoque à separatis malam illationem esse, probè affirmetur *l. Papin. 20. ff. de min. 25. an l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui fundum. 7. §. 1. ff. pro empt. Arum. locopre allegato.* Et sanè in *d. l. cum pater. 77. §. filius. 23. ff. de leg. 2.* à matre non simpliciter propter religionem jurisjurandi: sed quia fuit heres ab intestato, debentur fideicommissa, tanquam ex codicillis. *l. ex testamento. 29. C. de fideicommiss. l. Titia. 13. ff. de in offic. testam. Donell. lib. 7. Comment. de jur. civ. cap. 18.* Non igitur ex *d. §. filius. 23.* evincitur, quod juramentum habeat vim expressæ renunciationis. *Vngepaur. d. quest. 8. pag. 429.*

Pari ratione non obstat *c. ex rescripto. 9. de jurejurand.* 48 ubi fidejussori, qui jurejurando interposito pro debitorum intercessit, Pontifex mandat; ut solvat, & quidem simpliciter ac absolute, non adhibita ullâ distinctione, an principalis debitor excussus sit, nec ne. Licet enim Pontifex illic fideiussori mandet, ut solvat: tamen ob id beneficium legis non tollit. Quod si juramentum id efficeret, necesse erat illud exprimere: sicuti aliàs Pontifex solet, cum aliquid statuit propter juramentum, quod legibus repugnat, ut patet ex *c. cum contingat. 28. de jurejuranda. § d. c. quamvis 2. de pact. lib. 6. § notat Fachin. d. lib. 3. cap. 15. vers. & hanc sententiam, &c.* Adde Hunnium in *resolut. ad Trentler. vol. 2. disp. 28. thes. 5. quest. 39. pag. 222. § seqq.* Itemque vide Antonium Meren-49 dam *lib. 5. controvers. jur. c. 32. pag. 368.* Sane fidejussorem subsidarium sive indemnitis (vulgò Schadlosbürgen/oder Rückbürgen) ordinis beneficio renunciare nullo modo posse, plerique astruunt, hoc præcipue fundamento suffulti: quod hic fidejussor sub hac conditione debeat, si à reo principali exigere non poterit: ac proinde in primis necesse sit, ut constet, quantum à principali consequi possit creditor, ad hoc, ut indemnitis promissio locum habeat. *l. decem. 116. ff. de verb. oblig. l. 1. ibiq. Bartol. § Ioan. de Platea. C. de conveniendis fisci debitorib. Alexand. Decius, Angel. Iason. § Alciat. in l. fin. ff. de reb. credit. si cert. pet. Laurent. Tennius Rudolphus d. tract. cautelar. cautel. 81. num. 1. § 2. Andr. Gai. d. lib. 2. obs. 27. n. 13. Wesenbec. d. consil. 10. n. 31 Marth. Colerus in tract. de process. ex. cont. part. 1. cap. 10. n. 400. Arumans d. exercit. Iustin. 13. thes. 17. circa finem. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 3. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civ. c. 48. p. 579. n. 10. Soarez. d. thesaur. recept. sentent. lit. F. n. 137. Caroc. de excuss. bonor. part. 2. quest. 14. n. 8. Hunnius in d. resolut. quest. 40. pag. 225. Francus d. tract. de fidejuss. c. 5. n. 169. § Hering. eodem tract. cap. 27. part. 1. n. 142. § seqq. ubi copiosius id explicat.* Porro de fideiussore indemnitis vide plenius differentes Eberhardum Speckhan. *cent. 8. quest. 32. clas. 1. Dn. Collegam Besoldum in d. thesauro pract. lit. R. n. 48. pag. 73. § lit. S. n. 12. p. 716. § Doctorem Martam tom. 3. Digestorum novissimor. tit. fidejussor. c. p. 26. cum seq. f. l. 175 § seqq.*

Secundò excussionis seu ordinis beneficio non gaude-50 bit fidejussor, si debitor principalis in longinquis regionibus sit absens, ita ut sine magno negotio & difficultate conveniri nequeat. Hac quippe diuturna absentia creditori incommodo atque fraudi esse non debet, *Auth. p. an sente.*

- sent. ibiq. Cynus & Salicet. n. 3. Sichard. n. 10. & 11. C. hoc tit. Alexand. consil. 100. incip. discussis. col. penult. vol. 5. Hieron. Gratus respons. 28. n. 17. lib. 1. Mynsinger. cent. 2. observat. 15. Gail. d. lib. 2. observ. 27. n. 35. Schneidervin. hic n. 3. Pract. Ferrar. in forma libelli. contra plures reos. §. quilibet ipsorum. n. 4. Idemque juris esse videtur, si debitor quidem sit praesens, sed latitet, arg. l. Fulcinus. 7. ff. quib. ex caus. in possess. eat. Guido Papa in decis. 670. n. 1. Ant. Gabriel. Roman. conclus. 1. n. 50. Francus d. c. 5. n. 33. & Hering. d. cap. 27. n. 263. ubi plures citat.
- 51 Tertiò cessat excussionis beneficium, si debitor notoriè solvendo non existit: quia frustra excussio adversus eum instituitur, qui nihil in bonis habet. l. nam is nullam. 6. ff. de dol. mal. gloss. in l. decem. 116. in verb. excussum & ibidem Zasius n. 9. ff. de verb. oblig. Hippolyt. de Marsil. in repetit. dicta rubr. de fidejussorib. n. 10. Gail. d. observ. 27. n. 14. & seq. Mynsinger. d. observ. 15. Gomez. d. tom. 2. var. resol. c. 13. n. 14. Jacob. de Arena in tract. de excuss. bonor. n. 5. & 6. Tiber. Decian. respons. 42. n. 9. vol. 2. Dominic. Card. Tusch. d. tom. 3. conclus. practica. lit. E. conclus. 403. n. 34. cum seq. & conclus. 404. n. 29. & conclus. 406. n. 10. & lit. F. conclus. 310. n. 57. Heigius hic n. 12. Ioan. Bernard. Muscatell. in pract. fidejussor. part. 2. quest. 10. n. 6. Zanger. in tractat. de exceptionib. part. 2. c. 19. n. 1. edit. 2. Gratus respons. 87. n. 23. lib. 1. & respons. 63. n. 43. lib. 2. Gravens d. lib. 2. conclus. 27. n. 2. & seqq. Quomodo autem notorietas illa probetur: post alios, à se relatos, latè abundèque exponunt Francus & Heringius dictis modò locis: ille num. 320. cum seqq. hic verò n. 200. & seqq.
- 52 Quartò huic beneficio ordinis meritò non est locus, si fidejussor fidem suam se interposuisse inficietur, mendacique deinceps convincatur. l. si dubitet. 10. §. 1. ubi Gloss. & Angel. Imola, Castrens. & alii. ff. hoc tit. Roland à Valle consil. 88. n. 2. cum seqq. vol. 4. Aufer. ad Capell. Tholos. decis. 80. Mynsinger. d. cent. 2. observ. 15. Gratus respons. 63. n. 44. lib. 1. Aurel. Corbul. in tract. de iure emphyt. c. 1. n. 6. Vincent. Caroc. de excuss. bonor. part. 2. q. 69. Fulvius Pacian. lib. 1. de probationib. c. 19. n. 27. & 71. Muscatell. in pract. fidejussor. part. 2. q. 10. n. 24. Ant. Gab. Rom. d. concl. 1. n. 29. Gomez. d. c. 13. n. 14. v. septimò limita, & c.
- 53 Præterquam enim, quòd lex mendacia severè prohibet, mendacesque odio habet. l. de atate 11. §. si cum esset. 3. ff. de interrog. in iure faciend. l. falsus. 43. §. si quis. 3. ff. de furt. l. quicumq. 4. C. de servis fugit. l. 2. C. si minor. se major. 4 dix. l. ult. C. de accus. & apud bonos ac graves viros, mendacii ofores, propria mendacis pœna est, ut postea ei, etsi iam vera dicenti, non credatur. l. etsi legibus. 5. C. si contra jus, vel utilitat. publ. & c. c. sedes. 15. in fin. & cap. su.
- 54 per lit. 20. ext. de rescriptis, insuper juris est non incogniti, quòd nemo debeat consequi fructum ex eo, quod nissus est impugnare: siquidem frustra legis auxilium implorat, qui in legem committit. l. Papinianus. 8. §. meminisse. 14. ff. de inofficio testam. l. auxilium. 37. in fine. ff. de minorib. l. post legatum. 5. §. fin. ff. de his, qua ut indignis auferunt. c. quia frustra. 14. ext. de usur. c. ex eo. 38. de regul. jur. in 6. Schurff. consil. 37. n. 1. cent. 1. Menoch. remed. 9. recuper. possessi. n. 169. hosq. citans Heringius d. tract. de fidejussorib. c. 27. part. 1. n. 214. & seqq. ubi conclusionis istius declarationem multiplicem subjicit.
- 56 Quintò excussionis beneficium non admittitur, si pater pro filio fidem suam interposuerit. Nisi enim pater teneatur: illaquearentur, & deciperentur creditores, filiis nihil habentibus, unde ipsis solvi posset. l. deniq. 3. §. sed utrùm 4. vers. proinde ff. de minor. l. penult. §. taberna. 2. ff. de institoria act. l. si mandator. 8. C. quod cum eo, qui in aliena potest. est, & c. l. 1. ibi; si non fidem suam obstrinxit. C. ne filius pro patre, vel pater pro filio, & c. Gail. d. lib. 2. observ. 27. n. 33. Mynsinger. d. cent. 2. observ. 15. Soarez. d. thesaur. recept. sentent. lit. f. n. 140. Ant. Tessaur. decis. 166. num. 5. Duennas reg. 335. limitat. 13. Muscatell. d. pract. fidejussor. part. 2. quest. 10. n. 31. Arumens d. Exerc. Justin. 13. thes. 8. in fine. Hering. d. c. 27. part. 1. n. 244. & seqq. ubi similiter illud pulchre declarat.
- 57 Sextò non recipitur excussionis exceptio, si fidejussor debitori succedat: quia hoc casu convenitur non ut fidejussor, sed ut heres debitoris. l. fidejussoris. 24. ubi Dd.

communiter. C. hoc tit. cum ipsa successione & confusione soluta sit intercessionis obligatio; pro parte nimirum hereditariâ, salvâ interim remanente obligatione principali l. debitor. 3. ff. de separationib. l. si reus. 13. ff. de duob. reis constit. l. si duo 93. in princ. & sine. ff. de solutionib. l. generaliter 5. & ibi Accurs. l. cum reus. 14. & l. Lucius. 24. ff. hoc tit. l. debitori 7. Cod. de pact. Hippolytus de Marsil. ad d. rubr. de fidejussorib. n. 20. Duennas d. reg. 335. limitat. 23. Muscatell. d. quest. 10. n. 25. Francus d. tract. de fidejussorib. c. 5. n. 428. & seq. Porro plures casus, quibus fidejussor isthoc excussionis beneficio non fruitur, recensent Fernand. Vasquius lib. 1. controuv. illustr. c. 33. n. 12. cum multis seqq. Duennas, Gabrielius, Gomezius, Hering. Francus, Marsilius, & ceteri locis antè design. Quibus adjiciantur Iustus Meier. in d. Disput. ad lib. 46. Pandectar. tit. 1. thes. 17. Althusius lib. 1. d. caolog. c. 86. n. 36. p. 305. & Berlichius d. part. 2. conclus. 24. ubi nonaginta & unum casum exponit, in quibus excussionis beneficium locum non habet.

Superioribus duobus hætenus expositis beneficiis, si-
de jussoribus competentibus, adjici solet tertium, quod vulgò cedendarum actionum vocant: quo creditor fidejussori solidum exolventi, vel solvere parato, actiones suas, quas ipse habet, atque jus totum, tum contra debitorem principalem (qui tamen alioquin actione mandati fidejussori tenetur; ut, volente Domino, explanabitur ad §. si quid autem fidejussor. 6. infra hoc tit.) tum contra confideiussores cedere sive præstare cogitur. l. si mandatis 13. l. fidejussoribus. 17. l. cum is 36. l. ut fidejussor. 39. ff. hoc tit. l. Modestinus 76. ff. de solutionibus l. Papinianus. 28. & l. qui mandatum. 43. ff. mandati. l. cum alter. 11. & ibi Gloss. Bartol. Donellus, & Dd. pleriq. Cod. hoc tit. Novell. 4. cap. 1. in fine. Ioan. Ronchegall. in l. reos. 11. in princip. n. 55. ff. de duob. reis constituend. Elbert. Leoninus consil. 90. n. 28. Bertazzolius in tract. clausular. instrum. claus. 40. Gloss. 4. n. 7. & 8. Hartman. Pistor. lib. 1. q. jur. q. 48. Franc. d. tract. de fidejussorib. c. 5. n. 480. cum seqq. Gasparus Schifordeghe. lib. 2. tract. 8. quest. 1. & seqq. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 27. part. 3. n. 6. & seq.

Cæterum de eo valde dubitatur: an isthanc actionum
cessionem fideiussor non solum ante, vel in ipsa solutione: sed etiam post factam solutionem petere debeat? Non desunt enim, qui vel ante solutionem, vel in ipsa solutione cessionem istam fieri debere putant, postea autem minime, Speculat. in tit. de renunciat. §. 1. n. 23. Marianus Socin. consil. 18. n. 9. vol. 1. Menoch. de presumpt. lib. 3. presumpt. 45. n. 26. & presumpt. 143. cum seqq. Wesenbec. in Paratit. ff. hoc tit. n. 6. Rutger. Ruland. de commiss. part. 4. lib. 6. cap. 4. num. 40. Gaddens in Comment. de contrah. & committ. stip. c. 9. conclus. 5. n. 120. cum seqq. Dominic. Cardin. Tuschus. tom. 3. pract. concl. lit. F. concl. 318. n. 11. Berlichius d. part. 2. conclus. 22. n. 67. & seqq. Coler. in tract. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 367. & seqq. Costal. in d. l. Papinianus. 28. ff. mandat. Donell. ad d. l. cum alter. 11. n. 7. & 8. Cod. hoc tit. eosq. referens Ioannes Zanger. in tract. de except. part. 2. cap. 15. n. 148. edit. 2. Schneidervin. hic n. 24. Jacob. de Arena in tract. de cess. actionis & juris. rubr. 6. n. 70. circa finem. Ioannes à Grassi eodem tract. de cessione juris & action. §. 6. n. 5. & novissime Schifordeghe. d. tract. 8. quest. 2. & seqq. Sed verior est, & æquior sententia existimantium, quod non modò ante solutionem, vel in continenti in ipso solutionis actu, sed & ex intervallo, factâ à fidejussore solutione, cessio actionum à creditore peti, adeoque creditor actione empti ad faciendam cessionem compelli possit: cum hoc casu fide-
jussor solvens, sit quasi emptor nominis, cui creditor, quocunque tempore postulat, jus suum tradere necesse habet, per textum apertum in l. cum is. 36. ff. hoc tit. ubi Paulus in hæc verba respondit: Cum is, qui & reum & fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus acceptâ pecuniâ præstat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse: cum suum perceperit, & perceptio ne omnes liberati sint. Sed non ita est. Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit: & ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut præstet actiones. In hoc textu Paulus IC.

- ab initio dubitandi rationem movet *ex l. Modestinus. 76. ff. de solutionibus.* quod nimirum per solutionem, ab uno ex pluribus fidejussoribus factam, omnis obligatio & actio sublata sit. Quod igitur amplius non est, id etiam cedi nequit: cum non entium nullæ sint qualitates. *l. si procurator. 8. §. si liber homo. 5. vers. nulla. ff. mandati. l. decem. 116. ff. de verb. obligat. l. si servum. 4. §. 1. ff. de actionib. empt.* Postquam hanc dubitationem Paulus movit, respondet hoc modo: *Sed non ita est.* Quibus utique verbis Paulus Modestini sententiam disertè corrigit: quasi dicat, solutione ab uno facta, non est extincta obligatio, per hanc decidendi rationem: *Non enim (inquit) in solutum accepit:* hoc est, creditor ab uno fidejussore solidum accipiens, non reverà, quoad alios confidejssores, datam pecuniam in solutem accipit, sed quodammodo cæterorum nomina vendit illi fidejussori, qui pro aliis solvit, *arg. l. fidejussoribus. 17. ff. hoc tit. & l. solvitur. 5. §. si convenerit. 2. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Unde alibi quoque habetur, quod precium magis mandatarum actionum solutum, quàm actio, quæ fuit, perempta videatur. *d. l. Modestinus. 76. in fine. ff. de solution. l. cum pupillus. 21. ff. de tutela, & ration. distrabend. l. cum possessor. 5. in fine principii. ff. de censibus.* Quemadmodum ergo emptori ex empto actio quandocunque (modò precium sit solutum) adversus venditorem competit, *l. ex empto. 11. in princ. & l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de action. empti.* ita & hîc dicendum erit in creditore, qui cæterorum fidejssorum nomina uni, qui solidum solvit, vendidit. Adde, quod Paulus *in fine dictæ l. cum is 36. ff. hoc tit.* expressè dicit, creditorem ad id ipsum teneri, ut præstet actiones. Compelluntur siquidem stipulatores ei, qui solidumolvere paratus est, vendere cæterorum nomina. *d. l. fidejssoribus. 17. ff. eodem.* Itaque necessitas creditori incumbit, ut fidejssori solidum solventi, hoc est, cæterorum nomina ementi, quandocunque actiones taliter venditas cedat. *l. venditor. 23. ff. de heredit. vel act. vendit.* Atque hanc sententiam, frequentioribus calculis receptam, tenent & tuentur *Iason. in l. si res obligata. 57. n. 44. ff. de leg. 1. Bald. in l. alterius. 20. §. fin. ff. de tutel. & rat. distrab. Purpuratus in l. 1. n. 68. C. de transactionib. Antonius de Padilla in l. 1. n. 42. C. de jur. & facti ignorant. Nicolaus Everhardi consil. 184. col. 3. in princ. Francus d. tract. de fidejssoribus. c. 5. n. 484. cum seqq. Ioann. Köppen in decisionib. suis quæst. 51. n. 5. Daniel Moller in Commentar. ad constit. Electoral. constit. 3. n. 7. in fine part. 1. hosq. cum aliis laudans Antonius Hering. d. tract. de fidejssoribus. c. 28. n. 38. & seqq. item Ioan. de Imol. Raphael Cuman. & Bartol. in d. l. Modestinus. 76. n. 3. ff. de solution. Theod. Marcellus hîc pag. 496. cum seq. & Petrus Heigius n. 17. cum seqq. & in question. jur. quæst. 38. num. 13. & seqq. Dn. Collega Bocerus class. 2. disput. 16. thes. 37. & in hoc tit. num. 222. cum seqq. pag. 333. Conradus Oleman. ad lib. 3. disputat. jur. civil. Giphani. disput. 27. n. 40. & seq. itemq. Ioan. Jacob. Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 63.*
- 63 Huic sententiæ nihil negotii facessit, quod objicitur, ideo fidejssori solventi, post solutionem, petitionem cessionis actionum adversus confidejssorem denegari, quod solutione debiti sublata fuerit omnis obligatio, per princip. tit. infr. quib. mod. tollit. obligat. l. verborum. 107 ff. de solutionib. Quia illud verum est respectu creditoris (qui sanè bonâ fide idem post solutionem bis petere haud potest. *l. bona fides. 57. ff. de reg. jur.*) non autem respectu confidejssoris, & actionis cedendæ. Donatio quippe in fidejssore solvente minimè præsumitur; cum præsertim alia conjectura haberi possit. *l. cum de indebito. 25. in princip. vers. qui enim solvit ff. de probationibus. l. eleganter. 24. §. 1. ff. de pignorat. act. l. si cùm aurum. 50. ff. de solutionib. l. Campanus. 47. ff. de operis libertorum.* Eaque donatio in proposito tantò minùs præsumenda est, quod fidejssori solutio ex necessitate incumbat: quæ profectò necessitas nullam donationem arguit. *Franc. d. c. 5. num. 486. & seqq.*
- 64 Nihil quoque obstat *d. l. Modestinus 76. ff. de solutionib.* ubi dicitur, si non ante solutionem, sed ex intervallo post solutionem actiones cessæ sint, nihil eâ cessione

actum esse, adeoque cessionem esse inutilem: cum nulla actio superfuerit. Etenim lex illa ne minimo quidem vocabulo mentionem facit fidejssorum: sed expressè de tutoribus loquitur, *ibi, quod ex causa tutela debeat.* Ratio diversitatis hæc est: quia fidejssori, solidum solventi, nisi cessæ fuerint actiones à creditore, nulla planè datur actio contra eum, qui unà fidejssit, *d. l. ut fidejss. 39. ff. hoc tit. d. l. cùm alter. 11. Cod. eod.* Ideoque æquum est, eum post solutionem factam habere actiones cessas. Tutori verò, qui in solidum satisfacit pupillo ex causa tutela, licet à pupillo nulla actio cessæ fuerit, utilis tamen actio adversus contutores competit, idque ex rescripto Imperatorum, *l. 1. §. & si fortè. 13. ff. de tutela, & rat. distrabend. Ioh. Andrea in addit. ad Specul. tit. de fidejssor. in princ. vers. hoc etiam scias, &c. Marcell. hîc in fine. Hering. d. cap. 28. num. 45. & seqq. ubi & aliis objectionibus sufficienter respondet.*

Controversiæ modò expeditæ convenienter & illa quæ-66 stio satis dubia succedit: num fidejssori solidum solventi actio in solidum, an pro parte virili, à creditore adversus confidejssores cedi debeat? Quam quæstionem breviter & eleganter duabus conclusionibus explicasse videtur Valentinus Francus *d. tractat. de fidejssoribus. cap. 5. num. 490. & seqq.* Prior conclusio est: Fidejssori, qui solidum solvit, ita cessio actionum à creditore faciendæ est, non ut eam portionem, quæ ipsum solventem contingit, sed eas tantum partes, quas extra suam solvit, à confidejssoribus recuperare queat. Exempli gratiâ: Tres sunt fidejssores, Titius, Sempronius, & Mævius pro summâ trecentorum florenorum. Sempronius conventus in solidum satisfacit creditori, cedenti illi rursus actiones adversus Titium & Mævium confidejssores. Hoc casu Sempronius à duobus confidejssoribus, Titio & Mævio, ducentos duntaxat florenos repetet: centum verò suæ portioni cedent. Acquitati namque haud consentaneum est, nec natura cessionis id patitur, ut quispiam pro ea portione cessionem impetrare velit, aut debeat, quam ipse obligatione suâ agnoscit; & cum in pari causa sit, melioris tamen fortunæ, quàm confidejssor esse velit, *argument. l. si plures. 38. ff. de administrat. & peric. tutor.* Posterior conclusio hæc est: Si fidejssori solventi actio à creditore cessæ fuerit, eam non ita adversus confidejssores exercere potest, ut extra suam portionem, solidum ab eo, quem convenit, consequatur: sed ut ratas seu viriles portiones exigat. Veluti, ut in proposito exemplo maneamus, unus ex tribus confidejssoribus si solverit trecentos florenos, actione sibi cessâ, à cæteris duobus singulis non nisi centum repetere poterit. Idque, post alios, plenius declarant Francus *d. c. 5. n. 491. cum seqq. Hartman. Pistorius lib. 1. quæst. jur. tam Rom. quàm Sax. q. 48. n. 5. cum seqq. Coler. de processib. execut. part. 2. c. 2. n. 11. cum seqq. & Hering. d. tract. de fidejssoribus. c. 27. part. 3. n. 28. & sequent.* Quemadmodum 67 autem superiora juris beneficia, fidejssoribus indulta, divisionis nimirum & excussionis, multis in casibus cessant, de quibus plerisque expositum *suprà, num. 12. cum seqq. item num. 28. & aliquot seqq.* ita & iisdem ferè casibus hoc cedendarum actionum beneficium cessare exploratum est, de quibus consulatur *Heringius d. c. 27. part. 3. n. 19. & aliquot subsequentib.* Et de renunciatione istius beneficii multa cumulatim *Berlichius d. part. 1. conclusio. præf. conclus. 22. n. 50. & seqq.* Cæterum an solutio per fidejssorem creditori, nomine debitoris facta; sine cessis à creditore actionibus, nihilominus dominium transferat ut contra debitorem agere possit: an verò specialis cessio necessariò requiratur, prolixè in utramque partem disputat Forsterus junior *in libr. singulari, de dominio c. 8. v. 74. & seqq. ubi num. 76. concludit, cessionem specialem hoc casu necessariam non esse, allegans eam in rem Vivium lib. 2. decis. 210. in princ. Antonium Fabr. in Cod. Fabriano, lib. 8. tit. 27. defin. 17. Donellum ad l. mandati 14. C. de fidejssoribus. & Colerum de process. execut. part. 1. cap. 10. num. 380.*

Porro coronidis vice & illam insignem quæstionem hoc 68 loco attingere placet: utrum exceptiones, debitori competentes, ejus fidejssoribus quoque accommodentur?

Hæc

69 Hæc quaestio itidem duabus conclusionibus sive regulis, ex ipsis legibus depromptis, quàm commodissimè expeditur. Prior est: Omnes exceptiones merè reales, seu rei & obligationi coherentes, quæ debitori competunt, fidejussoribus ejus, & quidem etiam invito reo principali, utiliter conceduntur. *l. si stipulat. 15. Et l. ex persona. 32. ff. hoc tit. l. Et heredi. 21. in fine. cum legibus aliquot seqq. ff. de pactis. l. exceptiones. 7. §. 1. Et l. omnes. 19. ff. de exceptionib. l. defensiones. 11. Cod. eod. §. ult. ibiq. ego Et pleriq. Interpp. infr. de replication. Bertazolius in tract. clausul. instrument. claus. 41. Gloss. 7. n. 4. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 173. 267. Et 284. Ioan. Zanger. in tract. de exception. part. 3. §. ult. n. 59. ed. 2. Joh. Bernhard. Muscatell. in pract. fidejussor. part. 2. quest. 8. n. 1. Et 2. Dicuntur autem hæ exceptiones propterea reales, quia rem ipsam afficiunt, & ex ipsa re causam atque originem trahunt. Non igitur mirum, eas etiam fidejussori competere: cum is ab initio rei obligationivè, non autem debitoris personæ, accesserit: atq; ideo meritò ad rem ipsam sive causam, non verò ad personam, respiciatur. *argum. l. cum unus. 12. in princ. Et l. privileg. 32. ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. juris gent. 7. §. pact. 8. ff. de pact. Surdus decis. 301. n. 13. Franc. d. tract. de fidejussorib. c. 3. n. 24. cum seqq. Et Hering. eodem tract. c. 27. part. 4. n. 1. Et seqq. Qui duo regulam istam praeclare ac copiosè declarant. Posterior regula est: Exceptiones merè personales, seu personæ Rei principalis medullitùs coherentes, ad fidejussorem neutiquam porriguntur. *d. l. exceptiones. 7. in princ. ff. de exceptionib. Ratio ejus haud obscura est: quia privilegia in gratiam alicujus personæ concessa, illam personam non egrediuntur. c. privileg. 7. ibiq. Dynus Et Petrus Pechius. de reg. jur. in 6. l. in omnibus causis 68. Et l. privileg. 196. ff. de reg. jur. & pactum personale ad aliam non extenditur, quàm ad eam personam, cui illud factum est. *l. idem. 25. §. 1. ff. de pact. Knipschildt. exercitat. Acad. 7. quest. 11. pag. 265.****

74 Nec nostram regulam turbat *d. l. ex persona. 32. ff. hoc tituli. ubi dum Ulpianus ait, ex personâ rei exceptionem, & cetera rei commoda fidejussori competere posse: inde dicendum videtur, exceptionem personalem fidejussori prodesse. Nam illa verba (ex personâ rei) nequaquam ad personalem, sed realem exceptionem referenda sunt, nec aliud volunt, aut arguunt, quàm exceptionem realem ex personâ rei, hoc est, ipsi reo primùm competentem, fidejussori competere. Omnes siquidem exceptiones reales ex personâ rei competunt: in quibus tamen proxima & immediata causa non est ipsa persona, sed res: ubi & extinctâ personâ, non extinguitur exceptio, *arg. d. l. except. 7. §. 1. ff. de exceptionib. Et d. l. privilegia. 32. ff. de reb. auctorit. jud. possidend.**

75 Similiter non repugnat §. fidejussores ita. §. infr. hoc tit. Et l. Gracè. 8. §. illud. 7. ff. eod. ubi fidejussor non potest in plus obligari, quàm principalis. Atqui si exceptio reo competens ad fidejussorem non extenderetur: fidejussorem in plus obligari, nemo non videt. Non, inquam, repugnat. Quia breviter respondetur; quòd isto casu fidejussor non in plus, sed efficacius tantum & arctius adstringatur, ratione scilicet privilegii, quod reus ex suâ personâ habet; fidejussor non habet. Sed videantur Francus d. c. 3. n. 98. cum multis seqq. Et Heringius. d. c. 27. part. 4. n. 76. Et multis seqq. ubi prædictam conclusionem sive regulam pluribus exemplis accuratè illustrant. Vide quoque Justum Schützium exercit. juris disp. 15. th. 13. Et 14. p. 237. Et seqq. Tandem & illud hîc addendum: quòd beneficium restitutionis in integrum minoris, haud profit ejus fidejussori, per textum expressum in *l. in causa. 13. in princ. ff. de minor. l. 1. Et 2. C. de fidejussor. minor.* Non obstat, quòd liberato debitore principali, etiam accessiones, velut pignora & fidejussores liberentur. *l. in omnib. 43. ff. de solutionib.* Nam regula isthæ locum habet duntaxat in liberatione, quâ ita liberatur reus, ut tollatur obligatio vel ipso jure, vel per exceptionem, jure communi competentem: non etiam, quando obligatione manente, reus aliquo modo consequitur, ne teneatur. Etenim tunc dicitur magis persona eximi obligatione, quàm liberari: atque tunc licet subducta sit persona debitoris: nihilominus

tamen tenentur ejus fidejussores: quia subsistit obligatio, cum fidejussores accedunt. *l. ult. ff. de duob. reis constit.* Atq; sic per restitutionem in integrum eximitur obligatione minor: quoniam & civili & naturali obligatione is obligatus erat. Illâquidem: quia ideo utitur restitutione, quòd jure communi obstrictus tenetur. Naturali verò, propter conventionem & fidem datam. *l. cum amplius 84. in fin. ff. de reg. jur.* Sed extraordinario auxilio minor consequitur, ne conveniatur. *l. 1. Et l. in causa cognitione. 16. in princ. ff. de minor.* adeoque obligatione salvâ manente, eâ solùm eximitur. Et restitutio non tollit obligationem civilem; sed ejus effectum impedit. Reliqua argumenta, quæ pro contraria opinione produci solent, abundè refutant Bronchorst. cent. 1. variopavov. assert. 60. Pacinus cent. 2. quest. resolut. jur. civ. pag. 1055. Et seqq.

§. Fidejussores ita. §.

Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quàm in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit: fidejussor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non potest. Item si ille pure promiserit: fidejussor sub conditione promittere potest: contra verò non potest. Non solùm autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus est enim, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

SUMMARI A.

- 1 Fidejussor nequo aliud debere, neq; in plus obligari potest, quàm ipse principalis.
- 2 Fidejussoria obligatio, est principalis obligationis accessio.
- 3 Plus in accessione, quàm in principali, esse nequis.
- 4 Fidejussoris conditio non debet esse gravior, quàm ipsius principalis.
- 5 Fidejussio est species quadam stipulationis: ac proinde stricti juris.
- 6 In stricti juris contractu nihil venit, nisi quod nominatim est actum.
- 7 Fidejussor quibus modis sese in plus obligare dicatur.
- 8 Re quando plus debeatur.
- 9 Tempore quomodo & quando.
- 10 Loco quando plus debeatur.
- 11 Causâ item quando debeat fidejussor, quàm principalis.
- 12 Quatenus fidejussores in minus, quàm principalis, obligari possint.
- 13 Esquid, si fidejussor majorem summam, quàm principalis, promiserit, tota fidejussio sit inutilis: an verò saltem ad concurrentem summam fidejussor obligetur.
- 14 Quicquid in stipulatione est receptum, idem in fidejussione obtinet.
- 15 Maior numerus semper in se continet minorem: Et num. 29.
- 16 Quoties promissum est plus, quàm promitti oportuit: non tota obligatio, sed superfluum tantum infirmatur.
- 17 Quatenus utile per inutile non vicietur.
- 18 Quando fidejussor obligetur.
- 19 Mens & explicatio l. Gracè. 8. §. illud. 7. ff. hoc tit. item n. 21.
- 20 Constitutores & mandatores ad sortem principalem obligantur.
- 21 Alia consideratio dictæ l. 8. §. 7. ff. hoc tit.
- 22 Verbum omnino idem significat, quod in solidum.
- 23 Sententia §. præterea. §. supr. de inutilib. stipulat.
- 24 Consideratio l. 1. §. si quis simpliciter. 3 ff. de verb. obligat.
- 25 Stipulatio an & quatenus sit actus individuus.
- 26 Individuum pro parte adimi non potest.
- 27 Testamentum quatenus actus sit individuus.
- 28 Consideratio l. continuus. 137. §. 1. ff. de verb. obligat. Et §. si de alia. 22. supr. de inutil. stipulationib.
- 29 In summis, quod minus est, sponderi videtur.
- 30 An & quatenus mora rei principalis noceat fidejussori, distinctione expeditur.
- 31 Quamdiu obligatus permanet principalis, samdiu etiam durat obligatio fidejussoris.
- 32 Mora habetur pro delicto, quamvis in omittendo consistat.
- 33 Ex facto alterius nemo damnum pati debet.
- 34 Mora unicuiq; sua debet nocere, & non alii.
- 35 Sententia l. fidejussores. 68. §. 1. ff. hoc tit.
- 36 Fidejussor ad pœnam, in quam debitor incidit, non tenetur.

- 37 *Effectus contractus semper respicit tempus contracta obligationis.*
 38 *Fideiussor in usuras & accessiones ex mora debitori tenetur, si in omnem causam se obligaverit.*
 39 *Conditio in forma specificā adimplenda.*
 40 *Summa l. centum Capua. 8. ff. de eo, quod certo loco, &c.*
 41 *Sententia l. initio. §. C. de pact. inter emptor. & vend. composit.*
 42 *Intellectus l. mora. 88. ff. de verb. obligat.*
 43 *Instantia refutatur.*
 44 *Interpretatio accurata l. quaro. §. 4. in princ. ff. locati.*
 45 *In dubio à propria Verbi significatione non recedendum.*
 46 *Particula si: propria significatio.*
 47 *Instantia diluatur.*
 48 *Consideratio l. si ab uno. 17. ff. legator. seu fideicom. servand. caus. cau.*
 49 *Quatenus fideiussor rei locum obtineat.*
 50 *Consideratio l. admissi. §. 2. §. 2. ff. hoc tit.*
 51 *Consideratio l. 2. §. fin. & l. seq. ff. qui satisfacere cogantur.*
 52 *Intellectus l. si quis pro eo. §. 6. §. 2. ff. hoc tit.*
 53 *Intellectus l. si postea. 10. ff. rem pupilli salvam for.*
 54 *In gratiam pupillorum multa singularia sunt constituta.*
 55 *Consideratio d. l. fideiussores 68. §. 1. ff. hoc tit.*
 56 *Argumentum à contrario sensu quando non procedat.*
 57 *Consideratio l. 2. §. penult. ff. de administrat. rer. ad civitates pertinent.*
 58 *Consideratio l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usur.*
 59 *Quatenus indefinita propositio aequipolleat universali.*
 60 *Si solus fideiussor moram committat, an ex hac mora ad accessiones teneatur.*
 61 *Fideiussor ex delicto conditionem suam meliorem facere non debet.*
 62 *Quatenus fideiussor in duriores causam, quam principalis, obligari possit.*

- Q**uemadmodum fideiussor pro aliena obligatione intercedere & obstringi possit, hoc loco explicat Imperator Justinianus, & ostendit: quod sicut fideiussor non potest aliud debere, quam debet ipse principalis; ita etiam non possit obligari, ut plus debeat, quam debet is, pro quo obligatur: quamvis in minus obligari queat, l. Gracè. 8. §. illud. 7. & §. seq. l. hi, qui accessionis. 34. l. si Stichum. 38. l. si ita fideiussorem. 42. & l. si à reo. 70. §. si reo. 2. ff. hoc tit. Eiusque ratio est perspicua: tum quia fideiussoria obligatio est accessio quædam principalis obligationis, hoc §. nostro. vers. nam eorum. & d. l. hi, qui 34. ff. eod.
- 2 Accessio autem naturam principalis sequitur, non excedit: cum absurdum sit, plus esse in accessione, quam in re principali, arg. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. tit. in 6. Gaddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 6. conclus. 24. n. 433. Tum quia iniquissimum est: fideiussoris, qui nullo jure cogente, & gratis quidem, officio humanitatis, & amore proximi adductus, fidem suam interponit, graviores esse conditionem atque damnosiores, quam ipsius principalis, notante Faentino Franco in tract. de fideiussorib. cap. 4. num. 87. Tum etiam, quia fideiussio, seu species quædam stipulationis, stricti juris contractus est, arg. §. actionum. 28. infr. de actionib. l. in actionib. §. §. ult. & l. seq. ff. de in lit. jurand. Anton. Pichard. Vinuesa supra ad rubric. huius tit. n. 1. Henning. Wegner. disp. 11. ad Inst. thes. 8. lit. a. in quo nihil venit, nisi quod nominatim est actum. l. quidquid adstringenda. 99. ff. de verb. oblig. l. blanditus. 12. C. hoc tit. Roland. à Vake consil. 58 n. 10. vol. 1. Anton. Hering. in tract. de fideiuss. c. 24. n. 33. & seq. Caterum in plus sese obligare fideiussor dicitur, vel re, vel tempore, vel loco, vel causa, hoc §. nostro. vers. itaq; si reus. &c. §. si quis agens. 33. vers. plus autem infr. de actionib. Re plus deberet fideiussor, quam principalis: si, principali in quinque aureos obligato, fideiussor in decem obligaretur. d. v. itaque si reus, &c. & d. v. plus autem, &c. Tempore plus deberet fideiussor: si principali ad diem, vel sub conditione obligato, fideiussor pure obligaretur, hoc §. nostro, circa finem, & d. §. si quis agens 33. vers. tempore. infr. de actionib. Loco plus fideiussor deberet: si reum pure interrogassem, & fideiussorem cum adiectione loci accepissem.
- 11 l. fideiussor. 16. §. 1. ff. hoc tit. Causa denique plus deberet fideiussor, quam principalis: si à reo principali stipulatus hominem aut decem, à fideiussore stipularet hominem aut decem, utrum ego velim. Quo casu non obligabitur fideiussor: quia durior ejus conditio facta est. d. l. Gracè. 8. §. idem Iulianus. 9. ff. eod. Sicut nec hæc fideiussio valet: si Stichum à principali stipulatus, à fideiussore Stichum aut

decem stipularis: non tam quia durior hinc sit conditio fideiussoris (mortuo quippe Stichum, tenetur ad decem) quam quia in aliam potius obligationem accipitur. d. l. Gracè. 8. §. si quis Stichum. 8. ff. hoc tit. Et quod hoc loco¹² & alibi affirmatur: fideiussores in minus, sive in leviores causam, quam principales, obligari posse; ita intelligendum est: dummodo non in aliam rem, quam principales, obligentur. Nam in aliam rem, quam quæ principali credita est, fideiussor obligari non potest. d. l. si ita fideiussorem. 42. ff. eodem. Et de illis subtiliter disput. Schifordegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tractat. 28. quest. 1. & seqq.

Potro difficillima hinc examinanda venit questio: utrum, si fideiussor majorem summam, quam principalis, promiserit, tota fideiussio sit inutilis: an vero saltem ad concurrentem summam, hoc est, eam, quam principalis debet, fideiussor obligetur? Et totam fideiussionem inutilem esse, responderunt Accursius, Bartol. & alii in d. l. Gracè. 8. §. illud. 7. ff. hoc tit. Fulgosius in l. hactenus. 11. §. 1. ff. de constit. pecun. Alex. & Iason. n. 9. in l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. obligat. Hippolyt. de Marsil. in rubric. de fideiussorib. n. 291. Ludovic. Roman. consil. 66. incip. vir eximie, &c. Connan. lib. 6. Commentar. jur. civ. cap. 6. n. 8. Gaddens in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 4. conclus. 1. n. 74. cum seqq. Bertazolius in tractat. clausul. instrum. claus. 40. Gloss. 6. n. 2. Franciscus Jametius in Commentar. ad tit. de fideiussor. Henonius disp. 15. ad Instit. controvers. 11. Hartman. Pistoris lib. 3. questionum jur. q. 10. n. 20. & seq. Francus d. tract. de fideiussorib. c. 4. n. 92. & seq. Fachinaus lib. 8. controversiar. jur. c. 51. Timæus Faber disput. anniversar. 23. ad Institut. Imperial. thes. 10. Giphanius, Anton. Matthæus, Bachovius & Hotoman. enunciat. 1. in hoc §. nostro. Horatius Carpanus ad statum Mediolan. part. 2. c. 189. n. 8. Schifordegher. lib. 2. tr. 9. ad Anton. Fabr. per tot. Pyrrhus Maurus Arretinus in tract. de fideiussorib. part. 2. cap. 3. n. 8. & seqq. pag. 291. Reifenbergius disput. juris civil. renovata 1. coronid. 2. Erasmus Vngepaur. Exercit. Instit. 11. sub quest. §. p. 411. cum seqq. edit. ult. & Paulus Berens disp. 10. ad Instit. them. 2. quest. 3. Sed contraria sententia, quod videlicet tantum pro excedente quantitate invalida sit obligatio, pro parte vero concurrente valeat, benignior mihi, & probabilior videtur. Eaque stabilitur sequentibus potissimum juris fundamentis. I. Quicquid in stipulatione est receptum, idem etiam obtinet in fideiussione: cum ea nihil aliud sit, quam fideiussoria stipulatio, sive species stipulationis, ut monitum supra n. 5. At in stipulatione ita jus est, ut si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, in decem obligatio contracta dicatur. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. oblig. idque propterea, quod qui viginti dicit, etiam in decem consentire censetur: cum major numerus semper in se minorem contineat. l. cum furti. 9. ff. de in lit. jur. l. qui concubinam. 29. §. 1. ff. de legat. 3. Idem ergo & in fideiussione locum sibi vindicare debet. Si enim fideiussor serio fideiussit in viginti: tum utique cum habuit animum, ut in viginti sese obligaret. Multo igitur magis in decem se obligasse intelligitur. l. inter stipulantem. 83. §. diversa. 3. ff. de verbor. oblig. II. Quoties promissum est plus, quam promitti oportuit: non tota obligatio, sed id, quod superfluum est, tantummodo infirmatur, & obligatio in suo robore perdurat, quasi nullo penitus alio adjecto; sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse creditur. l. hactenus. 11. in fine cum l. seq. ff. de constituta pecun. l. prater ea. 3. §. ult. cum l. seq. l. rogatus. 33. ff. mandati. l. qui bis idem. 18. ff. de verbor. oblig. l. siue generalis. 61. in princ. ff. de jur. dot. l. ancimus. 34. in princ. C. de donationib. l. hac editali. 6. in fine principii. vers. si vero plus. Cod. de secund. nupt. §. is, qui exequitur. 8. inst. de mandato. Quod si igitur hoc in constituto, stipulatione, mandato, dote, & donatione receptum est, sicut prædictæ leges probant: ratio nulla dari potest, quare non æque in fideiussione, quæ per stipulationem contrahitur, locum habere queat. Siquidem & aliàs toties utile per inutile non vitiatur, quoties utile ab inutili separari & distingui potest. l. pecunia. 9. l. usuras. 20. & l. placuit. 29. ff. de usur. l. si sponsus. §. §. generaliter. 2. & l. sed si vir. 31. §. si vir

uxori. 2. ff. de donat. inter vir. & ux. l. 1. §. Trebatius. 18. ff. de aqua quotid. & ast. l. cum, qui ita § 6 §. 1. ubi Gloss. in verb. supervacua. ff. de verb. obligat. d. l. sancimus. 34. in princ. C. de donat. c. utile. 37. ibiq. Dynus & Peckius. itemq. Ioan. Baptista Vivianus. de reg. jur. in 6. Hubert. de Bonacurso in practica rubr. de impedimentis que contra
 18 rescripta. § c. n. 105. p. 252. & seq. III. Tum obligatur fideiussor, quando nil amplius debet, quam principalis debitor, arg. d. l. Gracè. §. illud. 7. & d. l. hi, qui accessionis. 34. ff. hoc tit. Atqui si in summam concurrentem tenetur, non debet plus, quam principalis, ut ad sensum patet. Nec quinquam morari debent illa dicta l. 8. §. 7. verba, omnino non obligari. Nihil enim vetat, quo minus accipiamus, omnino non, pro non omnino: quemadmodum Haloandri lectio habet. Haud quippe novum est, ut particula negativa interdum postponatur, cum præponi debuerit: ut, omnes non, pro non omnes, in l. si servus. 9. §. 1. ibi, omnes statos non esse. ff. si quis cautionib. in judic. sistendi caus. fact. & potest non recusare, pro non potest recusare, in l. sed & si hereditas. 11. §. 1. vers. nam si solebat. ff. ad exhibend. & omnibus non sufficere, pro non omnibus sufficere, in l. de pupillo. §. §. si plurimum. 6. ff. de operis novi nunciat. Sed & hoc non insulse dici poterit: Ulpianum in d. l. 8. §. 7. ff. hoc tit. ad id tantum, quod summam principalem excedit, respexisse: ejusque excessus intuitu respondisse, fideiussorem omnino non obligari, id est, neque civiliter, neque naturaliter. Atque hanc fuisse mentem Ulpiani, ex eo liquido apparet, quod de universis, qui pro aliis intercedunt, asserat: eos in durioris causam adhibitos omnino non obligari. Jam vero jus certum atque indubitatum est: reliquos intercessores, nempe constitutores & mandatores, si pro majori summâ interveniant, ad sortem principalem, sive summam in principali obligatione comprehensam obligari. d. l. hactenus. 11. ff. de constit. pec. d. l. rogatus. 23. ff. mandati. Idem ergo de fideiussoribus dicendum: ut ii, in maiorem summam fideiubentes, in concurrentem teneantur.
 IV. Denique hanc assertionem plurimi insignes Interpretes in terminis amplectuntur & defendunt, Azo in summâ tit. C. hoc tit. n. 7. Cynus & Alberic. de Rosat. in l. fin. C. eod. Francisc. Baldus. Eguinarus Baro, Stephanus Bodens, Gerardus Tuningius, Mynfinger Wesenbec. Borcholt. Heigius n. 8. & Vultejus, n. 10. in hoc §. nostro, idem Wesenbec. in paratit. ff. hoc tit. n. 5. Decius n. 12. & Molinæ in addit. ad Decium lib. 8. in l. in eo, quod plus. 110. ff. de reg. jur. idem Molinæ, Lancell. Galiaula, Alciat. Coras. & Duaren. ad d. l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. oblig. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 13. n. 2. & ibi Emanuel Soarez in addit. sub lit. a. idem in thesaur. recept. sentent. lit. F. n. 129. Guilielm. Fornerius select. lib. 3. c. 11. Fernand. Vasq. lib. 1. illustr. controvers. c. 40. n. §. Trentler. select. disput. vol. 2. disput. 28. th. 4. lit. b. ibiq. Bachovius in suis not. vers. sed videamus, § c. p. 930. cum seqq. & Hunnius ibidem in resolut. q. 27. p. 205. cum seqq. idemq. lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. §. quest. 9. Goëhausen in sua necessariâ informatione, § c. disp. ult. p. 291. Andreas Kohl. in tract. de subfeudis. c. 2. n. 36. Ioh. Jacob. Plebst. disput. nov. antiq. 2. thes. § 1. lit. C. Hering. d. tract. de fideiussorib. c. 24. n. 65. cum multis seqq. Dn. Cokega Boger. class. 2. disp. 16. th. 19. edit. 2. & in hoc tit. n. 162. cum seqq. p. 324. Cramer. disp. 19. th. 6. Arumæus exerc. iust. 13. th. 15. Gilbert. Reg. lib. 2. évaytio pavōv. c. 20. p. 85. Marcus Lycklama lib. 6. membran. Eclog. 16. Bronchorst. cent. 4. évaytio pavōv. assert. 53. Andr. Gerhard. decad. 14. q. 20. Iul. Pac. in epitom. jur. disp. 13. th. 16. Hilliger. in Donello enucleat. lib. 1 §. c. 48. lit. I. Ioh. Schröterus diatribar. domestic. decad. 7. q. 10. Arnoldus Vinnius lib. 2. jurispr. contract. c. 61. ad lit. L. p. 189. aliq. ferè innumeri.

21 Non obstat huic ita firmatæ decisioni textus in d. l. Gracè 8. §. illud. 7. ff. hoc tit. ubi respondetur; illud commune esse in universis, qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in durioris causam adhibiti, omnino non obligentur. Si igitur omnino non obligantur: ergo nec in concurrentem quantitatem, sive in id, quod aliàs reus principalis debebat. Nam dictio negativa, non, signo universaliter postposita, facit: ut verbum potentie suo contradictorio æquipolleat, ut omnino non, idem significet;

quod nullo modo, per notata Bartoli in l. legitimos. §. §. in legitimis. 2. ff. de legitimis tutorib. & Decii in d. l. in eo, quod plus. 110. n. 11. ff. de regul. jur. Non, inquam, textus ille obstat. Etenim, præter expositiones supra allatas n. 19. hanc mentem Ulpiani fuisse nonnulli appositè satis contendunt: quod illi, qui pro aliis obligantur, si in durioris causam fuerint accepti, omnino non, id est, in solidum non obligentur: sed tamen obligentur pro eâ parte, pro quâ & ipse reus tenetur: ut ita hoc loco verbum omnino, idem significet, quod verba in solidum: perinde ac si Jurisconsultus eos, in solidum non obligari dixisset. Quam interpretationem non solum rationes supra n. 14. & seqq. adductæ suadent: verum etiam illi comprobant textus, quibus verba isthæc, omnino vel omnimodo non, idem denotant, quod non in solidum, sive in totum: ut in l. cum filiofamilias. 11. in fin. ubi Ludovic. Charond. ff. de legat. 1. l. si mihi purè. § 9. circa finem. ff. de legat. 2. l. si in duplum 2. ff. qui satisfacere cogant. l. voluntate. 10. in princ. vers. neq. omnimodo. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Gilbert. Reg. d. lib. 2. c. 20. Hunn. d. quest. 9. vers. ad primum; & c. Knipschildt. exercit. Acad. 7. quest. 7. p. 261. cum seq. Hering. d. c. 24. n. 86. & seqq. ubi hanc solutionem fusiùs declarat.

Non item resistit §. præterea. §. supra, de inutilib. stipulat. ubi Justinianus ait; inutilem stipulationem esse, si quis quinque aureos dare stipuletur, & tu decem promittas. Eodem igitur modo inutilis videtur fideiussio, si creditor sibi quinque aureos dare stipuletur, & fideiussor decem suâ fide esse jubeat. Respondetur enim: in illo §. inutilem esse stipulationem, quatenus quis non respondet ad ea, de quibus erat interrogatus: quemadmodum ipse Ulpianus hoc interpretatur in d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. ubi cum interroganti & stipulanti decem, promissa essent viginti, adeoque ad interrogationem congruè responsum non esset, dicit Jurisconsultus: quoad decem, stipulationem contractam non esse. Sic igitur & illud, quod Justinianus in d. §. præterea. stipulationem istam inutilem pronunciat, si quis quinque aureos stipulanti decem promittat; eodem modo, quo prius, accipiendum est, quod scilicet non simpliciter & in totum sit inutilis stipulatio, sed solum quoad summam redundantem. d. l. 1. §. 4. ff. de verb. obligat. Hucq. conferenda sunt, quæ ulterius annotavimus ad d. §. præterea. sup. de inutilib. stipulat.

Non quoque repugnat, quod cum adijcitur, vel detrahitur aliquid obligationi, semper probandum sit, vitiatam esse obligationem. l. 1. §. si quis simpliciter. 3. ff. de verb. obligat. Atqui in propositâ questione, ubi fideiussor maiorem summam, quam principalis, promittit, aliquid obligationi adijcitur. Ergo vitiatam esse obligationem, dicendum erit. Hoc, inquam, non repugnat: quia regula ista, quâ dicitur, quod cum aliquid adijcitur, vel detrahitur obligationi, vitiata sit stipulatio, ne utique procedit in stipulatione, in qua interrogatio & responsio, quoad quantitatem seu summam, non congruunt: sed solum in stipulatione, in qua, quoad qualitatem responsio ab interrogatione discrepat: ut manifestè patet ex exemplis, in d. l. 1. §. si quis simpliciter. adductis. Etenim de istâ stipulatione, in quâ de aliâ summâ est responsio, quàm de quâ erat interrogatio, alia subjicitur regula in d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligat. Quod si verò prædicta regula omnino de his quoque stipulationibus, quarum responsio ab interrogatione quoad quantitatem discrepat, intelligi debet: tum non malè responderetur, stipulationem non in totum, sed saltem quoad eam quantitatem, quæ amplius erat in responsione, vitiatam esse, cum obligationi aliquid additur, vel detrahitur, prout declaratio illius regulæ statim subjungitur in d. §. si stipulanti. 4. Hunn. d. lib. 3. tractat. §. quest. 9. in fine.

Non adversatur etiam, quod stipulatio sit actus individuus. l. 1. §. 1. l. continuus. 37. in princ. ff. de verb. obligat. Actus autem individuus pro parte valere, & pro parte non valere, nequit. l. si ita stipulatio. 20. §. ult. ff. de operis libertor. Et quod individuum est, pro parte adimi, vel pro parte amitti non potest. l. pro parte. 11. in fine ff. de servi-

- 26 *servitutib. l. una est. ff. de servit. prad. rusticor.* Cum igitur fideiussio per stipulationem contrahatur: videtur dicendum, quod similiter pro actu individuo sit habenda; & per consequens partim valere, partim non valere, haud possit. Non adversatur, *inquam*, Etsi enim stipulatio est actus individuus, quoad formam stipulationis, hoc est, interrogationem & responsionem interim tamen summam, in stipulationem deductam, sunt dividuæ & separabiles. *l. 2. §. 1. l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verbor. oblig.*
- 27 Neque id adeo mirum est: cum & testamentum quoad ordinationem, sit actus individuus, *argum. l. si is, qui testam. 2. §. ff. qui testam. fac. poss. Decius & Cagnol. in l. ius nostrum. 7. n. 1. ff. de reg. jur.* & tamen res in eo contentæ divisionem ac separationem patiantur, *tot. tit. ff. de hered. instituend. §. tot. tit. ff. & Cod. famil. ercis.*
- 28 Denique nihil refragatur, quod si de aliâ restipulator, de aliâ promissor senserit, perinde nulla contrahatur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, *d. l. continuus. 137. §. 1. ff. de verbor. oblig. §. fide alia. 12. sup. de inutil. stipulat.* Cum igitur in nostro themate creditor de minore, fideiussor vero de maiore summa sentiat: videtur etiam nulla contrahi obligatio: maxime cum & is omnino non respondeat, qui ad interrogata non respondet. *l. de acate. 11. §. quod autem. 5. ff. de interrogat. in iure faciend. Nihil, inquam, refragatur.* Quia illud intelligendum est de diversis corporibus, quæ vel substantiâ, vel qualitate planè differunt. At si res eadem sit, quatinvis in quantitate & summâ ab invicem differat, quam creditor stipulatur, & fideiussor promittit: tunc aliud est dicendum: quoniam in ipsum corpus, sive in eandem rem uterque consentit: nec opus est hic adeo congruere summam: cum plus quam manifestum sit, maiori summæ minorem inesse: & semper in summis id, quod minus est,
- 29 sponderi videatur *l. si ita. 12. d. l. inter 83. §. diversa 3. & l. si ita stipulatus. 109. ff. de verbor. obligat. l. si ita reli- elum. 43. §. ult. ff. de legat. 2. Hering. d. cap. 24. n. 106.* Vide eandem quætionem ingeniosè explicantem Frantz- kium *exercit. 10. quest. 7. p. 313. & seqq.*
- 30 Porro cum ex prædictis constet: fideiussorem in aliud non obligari quam quod reus principalis ab initio promissit: non inconvenienter quæri solet: utrum mora rei principalis noceat fideiussori, adeo, ut ad usuras, pœnam, accessiones & interesse ob moram debitoris teneatur? Circa quam quætionem non ineptè sic distinguitur: ut mora rei sive debitoris principalis noceat quidem fideiussori ad continuandam & perpetuandam obligationem: non verò noceat ad augendam ejusdem obligationem, ut in usuras, vel id quod postea accessit, aut interest, condemnatur; nisi in omnem causam vel eventum fideiussor sentiat. Prins distinctionis propositæ membrum, quod nempe mora principalis oblit & noceat fideiussori ad continuandam & perpetuandam obligationem, (ita, ut licet res debita, quam sua fide esse jussit fideiussor, interierit; non tamen tali interitu liberetur fideiussor, sed adhuc obstrictus teneatur) evidenter probatur *ex l. si servum. 91. §. nunc videamus 4. l. cum filius familias. 49. in princ. & §. 1. ff. de verbor. obligat. & l. si a colono. §. 8. in fine. ff. hoc tit.*
- 31 Accedit & hæc ratio: quod, cum fideiussoris obligatio sit quædam principalis obligationis accessio: idcirco quamdiu non liberatur, sed obligatus permanet principalis, tamdiu etiam duret obligatio fideiussoris. Jam verò certum est; quod, licet res perierit casu fortuito: morâ tamen debitoris interveniente, duret ac persistat obligatio ipsius principalis. Ideoque nec fideiussoris obligatio tolletur, aut extinguetur. Ita sentiunt *post alios, Gœddens in Commentar. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 10. n. 123. cum seqq. & Hunnius lib. 3. variar. res. l. jur. civ. tract. §. quest. 8. vers. ceterum ad continuandam &c. pag. 1049.* Alterum istius distinctionis membrum, quod videlicet fideiussor ex morâ rei principalis non teneatur in usuras, aliasque accessiones, nisi in omnem causam sese obligarit,
- 32 sequentibus rationibus confirmatur. I. Quia cum fideiussio sit stricti juris, & mora etiam pro delicto habeatur, quamvis per se in omittendo consistat, *Gloss. in l. si mora. 9. in verb. ne facto ff. solut. matrim. l. ob. Bapt. Plotus in tract. de in lit. jurand. §. 11. n. 20.* non mirum est, illud,

quod ex morâ præstandum venit, non esse in obligatione fideiussoriâ, *arg. l. quicquid adstringenda. 99. in princ. ff. de verb. oblig. cum durum atque iniquum foret, ex facto al- 33* terius alterum damnum pati. *l. si ex duobus. 17. ff. de noxa- lib. action. l. pater familias. 44. ff. de hered. instituend. Andr. Rauchbar. part. 2. quest. 7. n. 10.* II. Quia tritissima juris regula est: quod mora unicuique sua, & non alii, obesse debeat. *l. quod te mihi §. ff. de reb. credit. si cert. per. l. si in Asia. 12. in fine. ff. de positi. l. ratio. 3. §. fin. ff. de actionib. empt. l. mora. 32. §. quid ergo. 3. ff. de usur. l. si rem astimatum. 14. ff. de jure dot. l. cum servus. 39. §. 1. v. ipsius quoq; & l. cum res. 47. in fin. ff. de legat. 1. l. qui solidum. 78. in princ. & §. 2. l. si quis servo. 84. ff. de leg. 2. l. cui fidei- commissar. 18. in princ. ff. ad senatusconf. Trebellian. l. in condemnatione. 173. §. 2. ff. de reg. jur. &c. mora. 25. eod. in 6.* Quare & mora debitoris principalis ipsi, & non fideiussori, nocere debet. III. Huc non parùm confert. *l. fideiussores magistratuum. 68. §. 1. ff. hoc t. cujus in spe- 35* cie querebatur, utrum fideiussor non solum in sortem, quam suâ fide esse jussit; sed etiam in usuras ob moram à debitore principali commissam, teneretur? Respondet Paulus: fideiussorem non teneri ad usuras: & hujus suæ responsionis hanc rationem affert: quod se in sola centum annua, adeoque in certam summam, & non in omnem conductionem, vel omnem conductionis causam obligaverit. Ex quo sine ullo negotio colligitur: quod quonies fideiussor se non in omnem contractus causam expressè obligat: ad usuras, morâ à principali commissam, non teneatur. IV. Eadem sententiâ corroboratur *per l. ult. ff. eod. ubi ad pœnam, in quam propter suam 36* moram vel culpam debitor incidit, fideiussor non tenetur: item *per l. fideiussor. 10. Cod. tod. tit. ex quâ patet, quod ad hoc, ut fideiussor teneatur ad usuras, requiratur, ut nominatim in usuras accipiat: alioqui simpliciter acceptus, in sortem duntaxat obligetur.* V. Quia, cum effectus contractus semper se referat ad tempus contractæ obligationis, *arg. l. Rutilia. 69. ff. de contrah. empt. non videtur fideiussor, simpliciter intercedens in aliud se obligare, quam intercessionis tempore debeba- 37* tur. Eo autem tempore nihil præter sortem in obligatione erat. Ergo in nihil aliud, præterquam in sortem fideiussor se obligare censetur. *l. per retentionem. 4. & l. pignoris. 22. Cod. de usur. l. cum te 3. C. ne uxor pro ma- rito, &c.* VI. Firmat hanc conclusionem textus rotun- *38* dus in *l. quaro. 54. in principio ff. locati.* ubi semel atq; iterum affirmatur; fideiussorem in usuras & accessiones ex morâ debitoris teneri. *si in omnem causam se obligaverit.* Quamobrem si non in omnem contractus causam se obligaverit expressè fideiussor: propter moram principalis ad accessiones non tenebitur. Conditio enim in *39* formâ specifica adimplenda est: adeo, ut si hoc factum non fuerit, actus pro non gesto habetur, *arg. l. qui hered. 44. in princ. l. Mævius. 55. & l. Titio. 73. ff. de conditionib. & demonstrat.* VII. Accedit quoque textus in *l. centum 40* Capue 8. ff. de eo, quod certo loco dari oportet. ubi dicitur, ob moram rei principalis obligationem fideiussoris nullo modo augeri, sive pleniorum fieri. VIII. Stabilis pro *41* nunciatum nostrum *l. initio. §. Cod. de pact. inter emptor. & vend. compositi.* ubi cum Gordianus Imp. rescribat: usuras à debitore, & eo, qui in omnem causam fidem suam adstrinxerit, exigi posse, morâ à debitore commissâ: satis hoc ipso significat, quod is, qui non in omnem causam sese obligarit, in usuras non teneatur. IX. Denique decisionem istam suis muniunt suffragiis *Iohan. Corasius lib. 2. miscellan. jur. civ. c. 12. n. 8. & seqq. Vultejus hic n. 4. cum seqq. Donell. & Duaren. ad l. mora. 88. ff. de verbor. oblig. Valentin. Franc. in tract. de fidejuss. c. 5. n. 26. cum seqq. Bronchorst. cent. 2. in v. 10 pav. assert. 92. ed. 1. Treuler. disput. 28. thes. 5. sub lit. A. volum. 2. Gœddens d. Comment. de contrah. & committ. stipul. c. 11. conclus. 10. n. 123. & seqq. Hunnius d. lib. 2. var. resolut. tract. §. quest. 8. Olemannus ad Giphani. lib. 3. disput. 27. n. 11. & 12. Arumæus exerci- 42* tat. Iustini. 13. thes. 16. & in Commentar. de morâ c. 8. n. 16. Paulus Berens disput. 10. ad Instit. them. 2. q. 4. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 24. n. 124. cum multis seqq. Knipschilde d. exercit. 7. quest. 10. p. 264. & alii.

- 42 Huic verissimæ sententiæ primò non obstat. *l. mora. § 8. ff. de verb. obligat.* ubi Paulus simpliciter & generaliter respondit: *moram rei fideiussori quoque nocere.* Quamvis enim mora rei principalis noceat fideiussori, ad hoc scilicet, ut perpetuetur obligatio: non tamen nocet, ad hoc, ut principalis obligatio augeatur, *d. l. si servum. § 1. §. nunc videam. 4. ff. de verb. obl. § d. l. si a colono. § 8. in fin. ff. hoc tit.* Neque probè replicaverit quispiam, nullo modo dici posse, principalis moram fideiussori nocere: cum jam ante eam commissam teneatur fideiussor, ita ut non moræ imputandum sit, si obligatio duret, sed fideiussoris consensui, qui obligationi accessit. Rectè namque nihilominus Paulus in *dict. l. 88. ff. de verb. obligationib.* dixit, moram rei fideiussori nocere. Siquidem cum fideiussor pro Stichò, sicque re certâ, fideiussisset: dicendum videbatur, eo mortuo obligationem fideiussoris extinguere, utpote extincto homine, pro quo fideiussisset. Quo non obstante, responsum est, obligationem fideiussoris manere: quoniam facto suo reus principalis obligationem perpetuat, ut loquitur idem Paulus in *d. l. si a colono. § 8. §. 1. ff. hoc tit.* quod factum ut obesse, ita nec prodesse debet fideiussori: interim tamen nocere dicitur, scilicet ne fideiussor liberetur; sed ipse etiam ad æstimationem Stichì teneatur, tametsi moram non fecerit. *Arumæus d. Commentar. de mora. cap. 8. n. 16. § Vultejus hic num. 6.*
- 44 Secundò non obstat *suprà num. 38. pro nostrâ conclusionem adducta l. quæro. § 4. in princ. ff. locati.* in quâ decisionis rationem, ob quam fideiussor ad usuras teneatur, hanc fuisse plerique existimant: quia in omnem causam fideiussor, bonæ fidei contractui accedens, se obligasse censeatur: eò quod usuræ etiam bonæ fidei contractus obligatione contineri intelligantur, *argum. §. in bonâ fidei. 30. infr. de actionib.* Unde particulam *Si*, in *d. l. § 4.* interpretantur pro *quia*: in quâ significatione in aliis quoque legibus isthæ particula invenitur, *ut in l. videamus. 4. in pr. ff. de in lit. jurand. l. Titium. 47. §. à matre. 3. vers. si manent. ff. de administrat. § peric. tutor. l. qui Roma. 122. §. Agerius. 4. §. seq. vers. si Seja ff. de verb. obligat.* Deinde idem ex eo probari putant, quod Paulus in *d. l. quæro.* ait: exemplo coloni usuras à fideiussore præstari. Atqui exploratum est, colonum post moram teneri ad usuras, non quidem ipsa promissione & obligationis necessitate; sed officio judicis, secundum ejus actionis naturam, cui inservit: ut *ex d. l. quæro. vers. usura enim in bonâ fidei. ff. locat.* colligi autumant. Non, inquam, lex illa obstat. Quandoquidem disertè (*ut supra num. 38. ostensum*) sententiam nostram corroborat: cum sub hac conditione fideiussorem de usuris teneri dicat, *si in omnem causam sese obligaverit.* Ubi particulam *Si*, notam esse rationis, atque idem, quod *quia* denotare; non verò notam esse conditionis, minimè admittendum est: propterea quod in dubio, in quo nunc versamur, non debeat recedi à propriâ verbi significatione, præterquam si manifestissimum sit, legislatorem id voluisse, *vulg. l. non aliter. 69. in princ. ff. de legat. 3.* Proinde cum hæc sit genuina & propria particulæ istius *Si*, significatio, ut non rationem, sed conditionem denotet: consequens est, quod etsi aliàs idem, quod *quia* significet: id tamen hoc in loco recipiendum non sit: maximè cum interpretationi huic *suprà* relatæ æquitatis & juris rationes reclamant, & perspicuè evincant, quod aliter fideiussor in usuras & accessiones non teneatur, quam cum apertè in omnem causam fideiussisset.
- 47 Sic nec alterum quicquam ad rem facit, quod *ex d. l. quæro.* eliciunt. Nam, *ut ex ipso contextu clarissimè liquet*, non ideirco fideiussor illic exemplo coloni tenetur in usuras, quia officio judicis adstringatur: sed quod in omnem causam sese obligaverit. Itaque si non in omnem causam sese obligaverit fideiussor: non tenebitur exemplo coloni in usuras. Nec ibi instituitur comparatio coloni & fideiussoris in genere, sed nominatim & in specie illius fideiussoris, qui in omnem causam se obligavit, *D. Hunn. d. l. 3. var. resol. tract. §. q. 8. vers. nec magni ponderis, &c.*
- 48 Tertiò non obloquitur *l. si ab uno. 17. ff. ut legator. seu fideicommiss. servand. caus. caveat.* ubi Paulus I.C. asserit:

si ab uno coheredum eodem legato gravatorum fideiussor datus sit, & postea pars unius vel omnium coheredum accrescat huic, qui fideiussorem dedit: tunc in solidum legatum teneri hunc fideiussorem: licet ab initio videatur in partem legati fideiussisse. Nam juri accrescendi locus est in coherede adeunte, cæteris deficientibus. Hinc est, ut ab initio hæc fideiussio perinde habeatur, ac si pro toto legato facta esset: quia eventus docet, eum totum legatum retrò debuisse: quod ita est, nisi disertè in partem legati intercessisset. Sed & hanc cautionis interpretationem elicit suadetque favor legatorum ac fideicommissorum: ne legatarius & fideicommissarius sub specie fidei in reliquo decipiat. Idq; latius declarat D. Gæddeus *d. Comment. de contrah. § committ. stipul. c. 11. conclus. 10. num. 141. 49*

Quartò nihil impedit conclusionem nostram, quod fideiussor rei locum obtineat: ac proinde obligatus sit in usuras easdem, in quas obligatus est reus principalis. *l. potest. 4. in fine. ff. hoc tit.* Locum enim rei fideiussor obtinet non in omnibus & singulis, sed in his duntaxat, quæ promissæ, non etiam in aliis, de quibus fortè ne cogitatum quidem fuit. Atq; hæc interpretatio sumitur ex naturâ fideiussionis: fideiussio siquidem fit per stipulationem. Atqui stipulatio stricti juris est, *ut dict. supra n. 5.* Ea autem, quæ stricti juris sunt, ad alia non extenduntur, nisi de illis dictum fuerit. *d. l. quicquid adstring. § 9. in pr. ff. de verb. obl.* Quod si verò tam strictè fideiussorem rei principalis locum obtinere dicamus: hoc absurdum inde sequetur, ut eadem semper sit fideiussoris conditio, eademque obligatio, quæ est rei principalis: quod tamen legibus repugnat, secundum quas fideiussor in causam etiam leviolem accipi potest, *d. l. Gracæ. 8 § illud. 7. §. l. seq. ff. hoc tit. § hoc §. nostro. vers. ut ex diverso. ibiq; Vultejus n. 8.*

Quintò non refragatur *l. amissi. § 2. §. fideiussor. 2. ff. hoc tit.* ubi Papinianus scribit: fideiussorem à colono datum, teneri etiam ob pecuniam dotis prædiorum: hoc est, ob pecuniam straminum, stercorum, graminum, boum arantium, aratorum, ligonum, stabulorum, pedamentorum, aliorumq; quæ ad instructionem fundi pertinent. Et subjicit I.C. hanc rationem: quod ea quoque species locationis vinculum ad se trahat. Quocirca etiam ad accessiones fideiussor obligatus videtur, quamvis ad eas sese non obstrinxerit. Lex, inquam, illa non refragatur. Quia certum est: conductorem statim ab initio obligationis contractæ de dotibus prædiorum æquè, atque de ipso prædio custodiendo ac restituendo teneri, uti locatòr ad præstandum eas obligatur. *l. videamus. 11. §. item prospicere. 2. l. si in lege. 24. §. si domus. 2. ff. locati. l. 2. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quare dici nequit, ex post-facto augeri istam obligationem ob moram vel factum rei: cum ab initio hæc inesset principali obligationi, in quam totam fideiussor fideiussisset. *Gædd. d. c. 11. n. 142. Berens. d. disp. 10. them. 2. q. 4. vers. quomò non obstat. &c.*

Sextò nil quoque officit *l. 2. §. fin. cum l. seq. ff. qui satisdare cogant.* ubi traditur; eum, qui iudicio sisti promissit, teneri non in id, quod veritatem continet, sed quantum reverà in iudicium deductum est; nisi in certam quantitatem fideiussisset: adeò, ut si actio furti in duplum vel quadruplum sit, vel vi bonorum raptorum: fideiussor etiam tanti sit obligatus. Etenim ex ipsis legum prædictarum verbis clarescit: quod ibi mora principalis & ex post-facto, obligatio nec principalis, nec fideiussoris augeatur: sed ea summa, in quam fideiussor teneri dicitur, reverà in obligatione & actione prius fuerit, eaque petita, & in iudicium deducta sit. *Hunn. d. lib. 3. tract. §. q. 2. p. 1047. in fine.*

Septimò nihil obest sententiæ nostræ *l. si quis pro eo. § 6. § 2. §. nummos. 2. ff. hoc tit.* ubi expressum est, fideiussorem non obligari, qui acceptus est in eam pecuniam mutuo datam, cujus creditor dominus non erat, nisi secutâ consumptione: quia videtur in omnem causam acceptus, quæ ex eâ numeratione nasci potest. In ea namq; lege non agitur de obligatione accessoriâ, quæ ex accidenti propter moram, aut culpam debitoris enascitur: sed de eâ, quæ principaliter venit ex re, super quâ facta est intercessio, & ita respicit principalem obligationem. Erat quippe data aliena pecunia, in quâ mutuum non consistit: & ideo nec fideiussor teneri videtur, qui in causam mutui acceptus est. Verum quia in omnem causam ab initio acceptus censetur: idcir-

idcirco, consumptis nummis, tenetur, quamvis aliâ ex causâ ii condicantur. *Qua de relatâ Petrus August. Morla part. 1. emporis jur. tit. 8. in præmissis. n. 19. & seqq. Hucq. pertinent, quæ annotavimus supra ad princ. tit. quib. mod. re contrah. oblig. num. 22.*

§3 Octavo nos non moverit *l. si postea. 10. ff. rem pupilli salvam fore*, ubi Africanus apertissime scribit; fideiussores teneri ex mora tutoris, rem pupilli salvam fore promittentis, in fructus & usuras, tametsi non in omnem causam fidejubendo se expressè obligarint. Nam hoc speciali pupillorum favore indultum est contra fideiussores tutorum, ut ad omnes accessiones ex morâ rei teneantur.

§4 etiam. 3. *l. si cum fideiuss. 5. & l. pen. ff. de fideiuss. tit.* quem admodum & multa alia singularia in gratiam pupillorum à legislatoribus sunt constituta. *l. cum ostendimus. 4. §. ult. ff. d. tit. quæ ad consequentias porrigi & prodici non debent l. quod verò. 14. ff. de leg. l. quod contra. 141. ff. de reg. jur. Coras. d. lib. 2. miscell. jur. civ. c. 12. n. 11.* Vel potius respondendum est: illud ideo fieri, quod fideiussores in omnem causam actionis tutelæ intervenierint. Quicunque enim actionis tutelæ alicujus nomine intercedit: in omnem causam, & quidquid sententiâ judicis accedere potest, tacite ex naturâ stipulationis, rem pupilli salvam fore, intercedere intelligitur: nisi taxationem certam fideiussioni apposuerit. *Cujac. ad Africani. tr. 3. p. mibi. 67. & 68. Gæddens d. c. 11. n. 145. Hering. d. tr. de fideiuss. c. 24. n. 154. & seqq.*

§5 Nonò nihil negotii nobis facit *d. l. fideiuss. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ubi traditur; fideiussorem ideo fisco obligatum non esse ad usuras, quia in certam summam fideiussit, & non in omnem causam. Ex quo inferri videtur argumento à contrario sensu, quod in jure est fortissimum. *l. 1. §. hujus rei fortissimum. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* quod si non in certam summam, sed simpliciter fideiussisset, in

§6 usuras teneretur: quia in omnem causam intercessisse videretur. *Primo* enim respondetur: argumentum à contrario sensu non procedere, nec vim concludendi ullam habere contra expressos textus, & contra rationem juris, per notata Everhardi à Midelburg. in loc. suis legal. loc. à contrario sensu. n. 4. Atqui non solum expressi textus, sed & ratio juris æquitatisque suadent, ex solâ principalis morâ obligationem fidejussoriam non augeri; nec in accessiones teneri fideiussorem, morâ à principali commissâ, nisi apertè in omnem causam sese obligaverit. Deinde argumentum à contrario sensu, sic, ut factum est, non rectè ex *d. l. 68. §. 1. ff. hoc tit.* ducitur; sed hoc modo concludendum erat: Fideiussor non tenetur ex principalis morâ in usuras; quia non in omnem causam, sed in certam summam fideiussit. Ergo quando non in summam certam, sed in omnem causam fideiussit: tenetur non modò in sortem, sed etiam in usuras & accessiones. *D. Hunn. d. quest. 8. vers. ad septimum respondeo, &c.*

§7 Decimò nullum obstaculum præbet *l. 2. §. pen. ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* ubi qui pro conductore publicorum vectigalium fideiussit, & simpliciter acceptus est, etiam in usuras convenitur. *Illud* enim jus singulare est conductorum publicorum vectigalium: ut fideiussores conductorum vectigalium in omnem causam teneantur. Nam & in conductione vectigalium multa specialia sunt recepta, arg. *l. si quis. 3. §. 1. ff. ad senatuscons. Macedon. Bronch. d. cent. 2. quest. 92. vers. secundo opponitur, &c. edit. 1.*

§8 Undecimò non infringit assertionem nostram *l. si quis solutioni. 24. §. 1. ff. de usuris.* ubi Paulus simpliciter ait: cum reus moram facit, & fideiussor tenetur. Aut enim iste §. explicandus est secundum distinctionem ejusdem Pauli in *d. l. quaro. §. 4. ff. locati.* ita, ut si fideiussor in omnem causam fideiussit, etiam ex morâ debitoris teneatur. Aut dicendum: quod per moram rei fideiussoris obligatio non quidem augeatur: interim tamen etiam non minuat, sed perpetuetur, præ alleg. *l. si servum. 91. §. nunc videamus. 4. ff. de verb. obl. d. l. si à colono. §. 8. §. 1. ff. hoc tit. Donell. in tr. de mora. c. 2. vers. ne quisquam iniquum, &c. Hondodens consult. 50. vol. 1. part. 3. n. 8. & 34. Hering. d. c. 24. n. 158.*

§9 Duodecimò & ultimò nullius proflus momenti est, quod objicitur, indefinitam elocutionem sive propositionem universali æquipollere, arg. *l. si necessarias. 8. §. si annua. 3. ff. de pignorat. act. l. si pluribus. 44. ff. de leg. 2. & con-*

sequenter eum, qui in causam alicujus contractus se fidejubendo obligavit, in omnem contractus causam sese obligasse intelligi. *Nam respondetur*: indefinitam propositionem æquipollere universali interdum, non verò semper: tunc videlicet, cum prædicatum inest toti subjecto. Atqui prædicatum istud, obligari in usuras ex morâ principalis, non inest omni, nec toti subjecto: cum is demum fideiussor in usurasteneatur, qui omnem in causam sese obligavit, *juribus supra allegatis. Hunnius d. q. 8 v. ad ult. &c.* Præterea vulgaris illa regula tantum obtinet in materiâ favorabili. *l. si quis ita. 16. §. 1. ff. de testam. tut.* non etiam in odiosa. *l. 2. ff. de lib. & posth. her. instituend. Coras. d. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 12. n. 10.* Quapropter cum simus in materiâ odiosissimâ perperam illa regula objectatur: atque ita tandem, contrariis plerisque remotis, firmiter concluditur: moram rei principalis fideiussori nequaquam nocere, quo ad augendam obligationem: eo casu excepto, quo in omnem causam fideiussor sese obligarit.

At quid statuendum, si solus fideiussor, & non etiam principalis, moram committat? nunquid ex hac morâ suâ ad accessiones, hoc est, usuras & fructus tenebitur? Teneri, liquidissime apparet ex *l. cum filiusfam. 49. in pr. ver. at si pater. & l. si pupillus 127. in fine. ff. de verb. obligat.* Huiusque sententiæ ratio est perspicua: quod cum unicuique moratori sua mora obesse, nec alteri nocere debeat. *l. in condemnatione. 173. §. 2. ff. de reg. jur. c. mora. 25. eodem tit. in 6. & multis legib. similibus supra cumulatis. n. 34.* idcirco & fideiussori, qui ab istâ regulâ nullibi exceptus reperitur, sua mora nocebit. Et quamvis summo jure non teneatur fideiussor: cum secundum naturam sit, ut obligatione & causâ principali, interitu rei debitæ sublata, liberentur ac tollantur accessiones. *l. in omnib. 43. ff. de solut. l. si fideiussor. 19. ff. de dolo.* ex legis tamen sententiâ tenetur. Et si enim principalis obligatio sublata sit: accessio-
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

Neque evertit hanc sententiam, quod fideiussor ab ini-
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100
101
102
103
104
105
106
107
108
109
110
111
112
113
114
115
116
117
118
119
120
121
122
123
124
125
126
127
128
129
130
131
132
133
134
135
136
137
138
139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184
185
186
187
188
189
190
191
192
193
194
195
196
197
198
199
200
201
202
203
204
205
206
207
208
209
210
211
212
213
214
215
216
217
218
219
220
221
222
223
224
225
226
227
228
229
230
231
232
233
234
235
236
237
238
239
240
241
242
243
244
245
246
247
248
249
250
251
252
253
254
255
256
257
258
259
260
261
262
263
264
265
266
267
268
269
270
271
272
273
274
275
276
277
278
279
280
281
282
283
284
285
286
287
288
289
290
291
292
293
294
295
296
297
298
299
300
301
302
303
304
305
306
307
308
309
310
311
312
313
314
315
316
317
318
319
320
321
322
323
324
325
326
327
328
329
330
331
332
333
334
335
336
337
338
339
340
341
342
343
344
345
346
347
348
349
350
351
352
353
354
355
356
357
358
359
360
361
362
363
364
365
366
367
368
369
370
371
372
373
374
375
376
377
378
379
380
381
382
383
384
385
386
387
388
389
390
391
392
393
394
395
396
397
398
399
400
401
402
403
404
405
406
407
408
409
410
411
412
413
414
415
416
417
418
419
420
421
422
423
424
425
426
427
428
429
430
431
432
433
434
435
436
437
438
439
440
441
442
443
444
445
446
447
448
449
450
451
452
453
454
455
456
457
458
459
460
461
462
463
464
465
466
467
468
469
470
471
472
473
474
475
476
477
478
479
480
481
482
483
484
485
486
487
488
489
490
491
492
493
494
495
496
497
498
499
500
501
502
503
504
505
506
507
508
509
510
511
512
513
514
515
516
517
518
519
520
521
522
523
524
525
526
527
528
529
530
531
532
533
534
535
536
537
538
539
540
541
542
543
544
545
546
547
548
549
550
551
552
553
554
555
556
557
558
559
560
561
562
563
564
565
566
567
568
569
570
571
572
573
574
575
576
577
578
579
580
581
582
583
584
585
586
587
588
589
590
591
592
593
594
595
596
597
598
599
600
601
602
603
604
605
606
607
608
609
610
611
612
613
614
615
616
617
618
619
620
621
622
623
624
625
626
627
628
629
630
631
632
633
634
635
636
637
638
639
640
641
642
643
644
645
646
647
648
649
650
651
652
653
654
655
656
657
658
659
660
661
662
663
664
665
666
667
668
669
670
671
672
673
674
675
676
677
678
679
680
681
682
683
684
685
686
687
688
689
690
691
692
693
694
695
696
697
698
699
700
701
702
703
704
705
706
707
708
709
710
711
712
713
714
715
716
717
718
719
720
721
722
723
724
725
726
727
728
729
730
731
732
733
734
735
736
737
738
739
740
741
742
743
744
745
746
747
748
749
750
751
752
753
754
755
756
757
758
759
760
761
762
763
764
765
766
767
768
769
770
771
772
773
774
775
776
777
778
779
780
781
782
783
784
785
786
787
788
789
790
791
792
793
794
795
796
797
798
799
800
801
802
803
804
805
806
807
808
809
810
811
812
813
814
815
816
817
818
819
820
821
822
823
824
825
826
827
828
829
830
831
832
833
834
835
836
837
838
839
840
841
842
843
844
845
846
847
848
849
850
851
852
853
854
855
856
857
858
859
860
861
862
863
864
865
866
867
868
869
870
871
872
873
874
875
876
877
878
879
880
881
882
883
884
885
886
887
888
889
890
891
892
893
894
895
896
897
898
899
900
901
902
903
904
905
906
907
908
909
910
911
912
913
914
915
916
917
918
919
920
921
922
923
924
925
926
927
928
929
930
931
932
933
934
935
936
937
938
939
940
941
942
943
944
945
946
947
948
949
950
951
952
953
954
955
956
957
958
959
960
961
962
963
964
965
966
967
968
969
970
971
972
973
974
975
976
977
978
979
980
981
982
983
984
985
986
987
988
989
990
991
992
993
994
995
996
997
998
999
1000

§. Si quis autem. 6.

Si quis autem fideiussor pro reo solverit: ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.

- 9 Secundus est, si debitor post fidejussionem in prodigalitatem inciderit.
- 10 Tertius est, si fidejussor, ut solvat, iudicis sententiā condemnatus fuerit.
- 11 Quod parum distat, nihil distare videtur.
- 12 Quartus casus est, si fidejussor ob moram rei principalis incarcerationatus fuerit.
- 13 Quintus, si inter contrahentes convenerit, ut fidejussor ante solutionem ad liberationem agere possit.
- 14 Contractus legem ex conventionione accipiunt.
- 15 Sextus est, si fidejussor pecuniam, in obligationem deductam, in iudicio obtulerit.
- 16 Septimus, si fidejussor creditori debitorem alium, quamvis minus idoneum, delegaverit.
- 17 Octavus, si fidejussor cum creditore debitum compensaverit.
- 18 Compensatio instar solutionis est.
- 19 Nonus est, si fidejussor à creditore per acceptilationem liberatus fuerit.
- 20 Acceptilatio vice solutionis habetur.
- 21 Decimus casus est, si fidejussor peregrè vellet proficisci, & diu abfuturus esset.
- 22 Undecimus est, si quis alterius negocia gesserit, seq. eo nom. in obligaverit.
- 23 Duodecimus & ultimus casus, si inimicitia capitales inter fidejussorem & debitorem fuerint exorta, culpa ipsius debitoris.
- 24 Vbi eadem ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio.
- 25 Consideratio l. Lucius. 38. ff. mandati. & l. si pro ea. 10. C. eod.
- 26 Pro inimico quis solvere non cogitur.
- 27 An si terminum solutionis creditor debitori principali prorogaverit, per hoc fidejussor liberetur.
- 28 Fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur. (nis.)
- 29 Quatenus tempus non sit modus inducenda & tollenda obligatio.
- 30 Quid in usuris, pœnis, & aliis pensionibus receptum.
- 31 Iure Saxonico per prorogationem termini fidejussor indistinctè non liberatur.
- 32 Quibus aliis casibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem, pro exoneratione, agere possit, remissivè.

Quicquid fidejussor pro reo principali solvit aut expendit, actione mandati contrariā repetere potest, hoc § nostro. l. idemq. 10. § fidejussores 11. l. rogatus. 37. l. qui fide alterius. § 3. ff. mandati. l. si fidejussor. 6. Cod. eod. Ratio manifesta est: tum quia cum nemini officium suum damnosum esse debeat l. sed si quis. 7. ff. testamenta quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod vero. §. ff. de furt. l. absentia. 140. ff. de reg. iur. l. videlicet. 29. ff. ex quib. caus. majores, & c. æquitati per consentaneum est, fidejussori de indemnitate actionem dari contra debitorem sive reum principalem: alioqui dispendium quis pateretur, unde videtur potius præmium meruisse. cap. 2. ext. hoc tit. Tum quia semper qui non prohibet pro se intervenire, aut solvere, mandare creditur. l. indebitam 47. ff. de condict. indebit. l. semper. 60. ff. de reg. iur. Quod quidem verum est, si quis pro præsentē, vel alias sciente ac patiente fidejussor. l. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur. 18. ff. mandati d. l. si fidejussor. 6. Cod. eod. tit. Nam pro absente & ignorante fidejubens, non mandati, sed negotiorum gestor actionem habet: siquidem mandati actio ei competere nequit, cum mandatum nullum antecesserit. l. ex mandato. 20. §. 1. & d. l. qui fide. § 3. ff. mandat. l. 1. l. 2. & tot. tit. ff. de negoc. gest. Cæterum si pro præsentē & vetante quis intercesserit: nec mandati, nec negotiorum gestor actionem competere, Paulus respondit. l. si pro te. 40. ff. mandat. Idemque rescripsit Justinianus. l. fin. C. de negoc. gest. Et hoc verbosius explicat Hunnius in resolut. ad Trentl. vol. 2. disp. 28. th. §. lit. G. pag. 200. & seq. Istis autem actionibus non tantum principale debitum, sed omne etiam damnum, expensas & interesse fidejussor repetit & consequitur. d. c. 2. ext. hoc t. l. si quis alicui. 27. §. impendia. 4. ff. mandati. Angel. de Clavas. in summa suā. verb. fidejussor. n. 15. Bertazol. in tract. clausul. instrum. clausul. 43. Gloss. 1. n. 1. & Gloss. 2. n. 1. Robert. Lancelot. de attentat. part. 2. c. 20. limitat. 6. num. 11 Francus in tract. de fidejussorib. c. 5. n. 508. cum seqq. Hering. eod. tract. cap. 26. n. 60. & seqq. Quin & prædictæ actiones fidejussori competunt, quamvis sine iudicio (id est, extra iudicium interpellatus à creditore) solverit. d. l. idemq. 10. §. fidejussores. 11. ff. mandat. d. l. si fidejussor. 6. Cod. d. tit. dummodò defensiones etiam reo competentes (nam & his fidejussor uti potest. l. ex persona 32. ff. hoc tit.) non omiserit. d. si fidejussor. 31. ff. hoc tit. Sed nun confessio creditoris, contenta in instrumento publico vel privato, de solutā à fidejussore

pecuniā, ita probet factam solutionem, ut fidejussor præfatas actiones contra debitorem exercere possit, controversatur? Et quod non sufficiat talis confessio, sed oporteat, quod fidejussor probet verè & realiter se solvisse, concludit Bartolus n. 3. & Fulgosius in l. in duobus. 28. §. 1. ff. de jurejurand. Rom. in l. prædia. 48. ff. de acquir. vel amitt. possess. Angel. de Perus. in l. Uranius Antoninus. 71. §. fin. ff. hoc tit. Verum contrarium verius videtur, argumento l. Publica Mævia. 26. §. fin. ff. deposit. l. qui debitorem. 18. ff. hoc t. & l. in contractibus. 14. §. super ceteris. 2. Cod. de non num. pecun. Idque tenent Paulus de Castro, Salicet. Alexand. & Jason. in d. l. in duobus. 28. §. 1. ff. de jurejurand. eosq. cum aliis citans Gomezius tom. 2. variarum resolut. cap. 13. num. 13. Quibus adstipulantur Hippolytus de Marsil. in rubr. de fidejussorib. n. 265. D. Bocerius clas. 2. Disput. 16. thes. 41. & Heringius d. tract. de fidejussorib. c. 20. num. 48. & seq.

Et si verò regulariter ante solutionem fidejussor mandati actione, adversus debitorem, ut obligatione fidejussoriā liberetur, experiri nequit. l. heredem. 14. in princ. l. si mandavero. 22. in princ. & §. 1. l. fidejussor. § 1. ff. mandat. & hoc §. nostro, ibi, pro eo solverit. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 13. reperiuntur tamen nonnulli in jure casus, quibus fidejussor ante factam solutionem, contra debitorem, rectè ad liberationem agit. Primus est, si reus si-
ve debitor principalis nimis diu solutionem protraxerit. l. Lucius. 38. §. 1. ff. mandati. c. ult. ubi Canonista extra, hoc tit. Martin. Bonacina in tract. de contract. & restit. disp. 3. quest. 9. puncto 1. n. 10. pag. 626. Neque enim fidejussio perpetua esse debet: ne semper solutionis sit pertimescendum periculum, l. si mora. 9. ibiq. Zasius in ult. notab. ff. solut. matrim. & omni momēto in ancipiti quis fluctuare cogatur. l. si is, à quo. 3. in fin. ff. ut in possess. legator. vel fideicommiss. servandor. caus. esse liceat. Diu autem videtur esse, cum decennium est elapsum, arg. l. si, cum fideicommissa. 16. §. Aristo. 3. & inibi Gloss. in verb. decennio ff. qui & à quib. manumissi, liberi non fiunt. Donell. d. loco. Quamquam id arbitrio iudicis ponderandum, alii rectius existiment. l. 1. §. fin. ff. de jur. deliber. Gloss. & Panormit. in d. c. ult. in fin. hoc tit. Angel. de Perus. Alberic. de Rosat. Odofredus, & ceteri in d. l. Lucius. 38. §. 1. ff. mandati. Schneiderv. n. 4. Mynsinger. n. 5. & Heigius n. 6. in hoc §. nostro. Cyrillus Fulgeantius in sum. crim. rubr. de fidejussorib. §. 4. num. 4. ad fin. Gail. lib. 2. observ. 29. n. 6. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 13. num. 10. Menoch. de arbitr. judic. quest. lib. 2. cent. 1. cas. 41. n. 3. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 319. D. Marta Tom. 3. Digestorum novissimorum. tit. fidejussor. c. 32. fol. 176. & cap. 40 fol. 177. Francus d. tractatu. de fidejussor. c. 5. n. 560. & seq. aliq. plures, per eum citati.

Secundus casus est: si debitor post fidejussionem ita in prodigalitatem inciderit, ut facile omnibus bonis exinde labi possit. d. l. Lucius. 38. §. 1. ff. mandati. l. si pro ea. 10. ubi Sichard. n. 8. Cod. eod. d. l. ult. ext. hoc tit. Chassanæus in consuetud. Burg. rubr. §. §. 2. num. 26. Gail. d. observ. 29. n. 9. Hering. d. tract. de fidejuss. cap. 25. n. 16. & 59. Nam & eo casu tempestivè fidejussor sibi vigilare, & antequam creditori satisfecerit, debitorem convenire potest: ne mora in suam ipsius perniciem redundet. l. pupillus. 24. ff. qua in fraudem creditorum, & c. suumq. officium sibi damnosum existat, contra d. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperiant. & similes supra allegatas. n. 2. Illudque pulchrè declarat Francus d. cap. 5. num. 568. & aliquot subsequ.

Tertius casus est: si fidejussor, ut solvat, iudicis sententiā condemnatus fuerit, d. l. si pro ea. 10. C. mandati d. cap. ult. ext. hoc tit. Rittershus & Heigius hic num. 7. Statim enim post factam condemnationem, mandati actionem adversus debitorem exercere potest; etiamsi nondum creditori, cui condemnatus est, satisfecerit: eaque actione consequitur, ut debitor pro ipso solvere cogatur. l. si mandatu meo. 45. §. sed si mandavero. 4. ff. mandati. l. si fidejussor. 6. Cod. d. tit. Et ratio ejus non obscura est: quia cum adversus hunc fidejussorem, qui condemnatus est, parata sit in continenti executio, l. 1. & 2. Cod. de execut. rei judicat. res eo loco habetur, ac si jam solvisset. Quod etenim parum distat, nihil distare videtur. arg. l. 1. §. 1. ff. de verb. obligat. l. penult. ff. de testam. milit. & l. qui pœna. 8. §. divus. 2. ff. de manumissionib.

- 12 Quartus casus est: si fidejussor ob moram rei principalis in carcerem detrusus fuerit. Nam licet ille nondum solverit: se tamen & obligatione & carcere liberari, damnumque inde acceptum resciri, petere non prohibetur; sicuti docent Baldus in cap. ex rescripto. in fin. de jurejur. & in l. 2. num. 6. Cod. mandati. Hippolyt. de Marsil. in rubr. de fidejussorib. num. 216. Coler. d. cap. 10. part. 1. num. 323. eosq. laudans Francus d. cap. 5. num. 589.
- 13 Quintus casus est: si inter contrahentes, ut ante solutionem fidejussor ad liberationem agere possit, convenit. d. l. si pro ea. 10. C. mandati. Quæ conventio rata est: siquidem contractus legem ex conventionem accipiunt. l. 1. §. si convenit. ff. de pos. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Schneidevvin. hic n. 4. Gail. d. lib. 2. observ. 29. n. 14. De prædictis casibus videatur quoque D. Besoldus in deliberatis juris ex lib. 46 ff. quæst. 1 pag. 171. & seq.
- 15 Sextus casus est: si fidejussor pecuniam, in obligationem deductam, in judicio obtulerit, consignaverit, & penes judicem deposuerit: quo casu fidejussor confestim mandati experiri & agere potest. l. qui mutuam. § 6. §. 1. ff. mandati l. fidejussor. 64. ff. hoc tit. Talis enim depositio solutioni æquiparatur, ac fidejussorem obligatione liberat. l. ob signatione. 9. C. de solutionib. & liberat. l. acceptam. 9. Cod. de usur. Coras. in l. frater à fratre. 38. §. quæsitum. 1. n. 39 ff. de condict. indebit. Mynsinger. hic n. 4. Hering. d. tract. de fidejussor. cap. 20. §. 1. n. 34. & cap. 25. n. 23.
- 16 Septimus est casus: si fidejussor creditori debitorem alium, quamvis minus idoneum, delegaverit. l. inter causas. 26. §. abesse. 2. ff. mandati. Nam & qui delegat,olvere intelligitur: unde statim mandati actionem intentare potest. l. qui debitorem. 18. ff. hoc tit. l. quamvis 8. §. interdum. 3. ff. ad SC. Vellejan. l. 2. C. de novationib. Francus d. cap. 5. num. 593.
- 17 Octavus casus est: si fidejussor cum creditore debitum compensaverit: id quod ipsi licitum est. l. si quid §. ff. de compensationib. quia satius est, potius nonolvere, quam solutum repetere. l. 3. ff. d. tit. Et cum compensatio instar solutionis sit. l. si debitor. 4. ff. qui potior. in pign. vel hypoth. hab. ideo recte fidejussor contra debitorem mandati actionem exercebit, argum. l. amplius. 15. ff. rem raram haberi. Franc. d. c. §. n. 594.
- 19 Nonus casus est: si fidejussor à creditore per acceptilationem, remunerandi causa liberatus fuerit: hoc est, si creditor ait, se acceptum habere id, pro quo fidejussor intercesserat, licet nihil solutum sit. l. 1. ff. de acceptilat. Nam & hic fidejussori actio competit, perinde ac si solvisset: cum acceptilatio vicè solutionis habeatur. d. l. idemq. 10. §. fin. ff. mandati. Coras. in d. l. frater à fratre. 38. §. quæsitum. num. 41. ff. de condict. indebit. Francus d. cap. 5. num. 595. Hering. d. cap. 25. num. 26.
- 21 Decimus est casus: si fidejussor peregrinè vellet proficisci, & diu absfuturus esset: veluti, si Studiosus, qui pro alio fidejussit, ab una Universitate ad aliam abire cuperet, posset petere, ut fidejussione eximeretur, arg. l. filiusfamilias. 8. §. fin. & l. aut longa peregrinatio. 23. ff. de procurat. l. licet. 15. ibi, vel profectioneurgens. ff. de recept. qui arbitrium, & c. l. si longius. 18. in princ. ibi, vel necessaria profectione. ff. de judic. Panormit. in d. c. ult. n. 4. ext. hoc tit. Gail. d. observ. 29. num. 15. lib. 2. Costal ad d. l. Lucius. 38. ff. mandati. Angel. & Schneidevvin. in hoc §. n. 4. Marsilius in d. rubr. de fidejussorib. n. 216. Socin. reg. 147. n. 5.
- 22 Undecimus casus est: si quis alterius negocia gesserit, seque eo nomine obligaverit, antequam solvat, agere poterit, l. si quis mandatu. 28. & ibi Costal. in princ. ff. de negot. gest. Ut & procurator, rem emens domino, antequam precium dederit, convenire dominum, ut ipse precium expendat, non prohibetur, per notata Ludovici Romani, in l. facere posse. 28. ff. solut. matrim. Hippolyt. de Marsil. d. rubr. n. 226. & Franci. d. cap. 5. n. 600. & seq.
- 23 Duodecimus & ultimus casus est: si inimicitia capitales inter fidejussorem & debitorem fuerint exortæ, culpa ipsius debitoris. Nam & hoc casu fidejussor, ante solutam à se pecuniam, fidejussioni renunciare, atque ad liberationem agere contra debitorem poterit. Lud. Rom. in d. l. facere posse 28. ff. solut. matrim. Marsilius d. rubr. num. 216. Francus d. cap. 5. n. 599. Hering. d. cap. 20. Vide infr. fol. 5.

d. cap. 20. §. 3. 2. n. 9. & d. cap. 25. n. 30. Et hanc sententiam veritati conformem esse, facile evinci potest ex præallegata l. si pro ea 10. C. mandati, ubi Impp. Diocletianus & Maximianus rescribunt: fidejussorem etiam ante solutionem convenire posse debitorem, si bona dilapidare sua incipiat: additâ hac ratione: quia hic fidejussor, justam metuendi causam habet: ne detrimentum ex debitoris sui facto patiat. Quæ sanè ratio in nostro quoque casu locum sibi vendicat, quo fidejussor, cujus capitalis inimicus est debitor, etiam justissimè metuit: ne ex fraude debitoris sui damno aliquo afficiatur. Proinde meritò huic fidejussori mandati actio ante solutionem accommodatur. Ubi nam-244

que eadem est ratio, ibi eadem debet esse juris dispositio. argum. l. quadam sunt. 9. §. nummularios. ff. de edendo. l. si putator. 31. ff. ad leg. Aquil. & similitum.

Huic sententiæ non reluctatur. d. l. Lucius. 38. ff. man-25
dati. & d. l. si pro ea. 10. C. eod. ex quibus legibus quidam dissentientes hanc extruunt ratiocinationem: Cuicunque certis in causis actio conceditur: eadem in cæteris causis omnibus denegata videtur, arg. l. maritus 21. Cod. de procuratorib. Sed in legibus jam allatis certæ referuntur causæ, quibus fidejussori ante solutionem præstitam experiri actione mandati permittitur: neque capitales inimicitia illis annumeratæ inveniuntur. Ergo capitalibus inimiciis intervenientibus, ante solutionem adversus debitorem fidejussor eo nomine, ut liberetur, mandati agere nequit. Non, inquam, hæc ratiocinatio nostræ sententiæ reluctatur. Etenim falsum est, quod astruitur, in adductis legibus capitalem inimicitiam non inveniri, aut contineri. Satis quippe expressè illa continetur in d. l. si pro ea. 10. C. mandati. in quâ fidejussori indulgendam esse mandati actionem, quando justam metuendi causam habet, evidenter deciditur. Eodem non parùm facit. l. sanè. 23. ff. mandati. 26
ex quâ apparet, quòd quis pro inimicoolvere non cogatur: & consequenter liberari debeat. Paul. Berens disp. 10. ad Inst. them. 2. quæst. 7. ad fin. Adde Davidem Döringium in Bibliothecâ jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio mandati. n. 12. fol. 382. ubi septendecim casus recenset, quibus actio mandati etiam ante solutionem fidejussori competit. Illa quæstio mirum in modum exagitari solet: an, si termi-27
nus solutionis debitori principali prorogatus à creditore fuerit, fidejussor per hoc liberetur: Et inter varias opiniones, quarum septem commemorat Matthias Berlichius part. 2. conclusionum practicab. conclus. 25. mihi ultima, quam & ipse n. 18. in fine. pag. 562. verissimam esse putat, non displicet, quâ ita distinguitur: Aut fidejussor simpliciter absque certi temporis expressione datus est: aut ad certum & definitum duntaxat tempus se obligavit. Priori casu 28
fidejussor per prorogationem termini, se incio & ignorante factam, non liberatur: quia fidejussor simpliciter datus, ad omnem causam & casum obligari intelligitur, donec creditori plenè satisfactum fuerit. l. quaro. § 4. ff. locati. l. si quis pro eo. § 6. §. si nummos. 2. ff. hoc tit. Posteriori verò casu liberatur fidejussor. Et si enim tempus non est modus in-29
ducendæ & finiendæ obligationis. l. obligationum. 44. §. 1. ff. de obligat. & actionib. hoc tamen non procedit, si inter contrahentes aliter convenerit; aut nisi tempus limitandæ vel tollendæ obligationis causa expressum fuerit. l. qui hoc anno. 42. ff. de verb. oblig. Ruin. consil. 82. num. 3. vol. 1. Rauchb. part. 2. quæst. 23. n. 7. vers. respondeo, illud procedere, & c. Hoc autem in casu tempus eâ intentione esse adjectum, certum est. Atque hanc distinctionem in terminis tradunt Hostiens. in c. constitutio. 3. ext. hoc tit. Jason. in l. lecta. 40. ff. de reb. credit si cert. pet. n. 9. & seq. Anton. Tesaurus decis. Pedemont. 125. Gail. lib. 2. observ. 30. num. 11. cum seq. Mynsinger. cent. 6. observ. § 3. n. 3. & seq. Hartmann. Hartmanni lib. 2. obs. 1. de fidejussor. 30. observ. n. 4. & seqq. Fachinaus lib. 2. controversiar. jur. c. 88. Bald. in l. si unus. 27. §. si cum reo. 1. in secundâ lectura. n. 3. ff. de pact. Felin. in c. de causis. 4. ext. de offic. & potest. judic. deleg. n. 3. & inc. ad aures. 24. n. 2. ext. de simonia. Hippolyt. de Marsil. in repetitione rubr. ff. de fidejuss. n. 89. hosque omnes referens Berlichius loco antè designato. Quibus adjiciantur Petrus Heig. in §. fidejussor non tantum. 2. n. 7. cum seq. suprâ hoc tit. Grevaus lib. 2. conclus. 30. confid. 3. Coler. decis. 30. num. 2. eosq. citans Plebst. disp. nov. antiq. 2. th. 64. lit. b. item Unge-
panr.

paur. exercit. Justin. II. quest. 6. pag. 419. & seqq. edit. ult. & Knipschildt exercitat. Acad. 7. quest. 9. pag. 263. & seqq.

30 Verumtamen isthac assertio declarationem recipit in usuris, pœnis, & aliis pensionibus seu debitis, quæ ex præteritis annis exigibilia fuerunt, putà si quis pro aliquo non tantum quoad sortem, sed etiam quoad usuras, vel pro conductore quodam ad aliquod certum tempus fidejussit, & elapso hoc tempore, tempus solutionis vel locationis debitori prorogabatur. Hoc sanè casu fidejussor, illo certo tempore elapso, liberatur quidem quoad sortem principalem, vel pensiones locationis in futuros annos: ratione autem usurarum & interesse, quæ pro præteritis annis debentur, & exigibilia sunt, item ratione pensionum præteritorum annorum non liberatur, sed nihilominus obligatus manet, per textum apertum in l. si, cum Hermes. 7. Cod. de locato. Alex. cons. 72. n. 4. & seqq. vol. 6. Valent. Franc. in tractat. de fidejussorib. cap. 6. n. 62. & seqq. Hering. tractat. eod. cap. 20. §. 12. n. 4. cum seqq. Colerus de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 346. & seqq. Rauchbar. part. 6. quest. 23. n. 11. & 16. Domin. Cardinal. Tuschus tom. 3. pract. conclus. lit. F. conclus. 317. n. 10. & seqq. hosque laudans Berlich. d. part. 2. conclus. 25. n. 19. Enimverò jure hodierno Saxon. constitutum est, ut fidejussor per prorogationem termini indistinctè non liberetur: sed nihilominus obligatus remaneat. Novell. Elector. Augusti part. 2. const. 19. ubi Daniel Moller. num. 3. & seqq. lib. 1. semestr. cap. 17. Benst. ad l. admonendi. 31. ff. de jurejur. n. 341. Hering. d. cap. 20. §. 12. n. 17. 25. & seqq. Berlich. d. conclus. 25. n. 21. & seqq. ubi hujus constitutionis Saxonica duas notabiles limitationes subjicit. De prædictis videatur quoque Valentianus Riemer. decad. 10. quest. illustr. 4. & 5. Porro plures casus, quibus etiam ante solutionem fidejussor contra debitorem, pro exoneratione, sive exemptione, actione mandati experiri potest, post alios, quos coacervant, diligenter recensent Hippolytus de Marfil. d. rubr. de fidejussorib. n. 216. cum seqq. Francus saep citato tract. de fidejussorib. cap. 5. n. 558. cum seqq. & Heringius eod. tract. cap. 25. n. 12. & multis seqq. Hunnius in resolut. ad Trentl. d. vol. 2. disp. 28. th. 6. lit. C. quest. 45. pag. 231. & seqq. ibique Bachovius in suis not. pag. 966. & seqq.

§. Gracè etiam. 7.

Gracè etiam fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ κρίσει κελύω ἐγὼ: id est, meâ fide jubeo ego. Sed & si dixerit: θέλω sive βούλωμαι: id est, volo. Sed & φημι: id est, affirmo, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω: id est, dico.

S U M M A R I A.

- 1 Fidejussio quacumq; lingua, & quibuscumq; verbis fieri potest.
- 2 Hodie plerasq; linguas per Interpretem intelligere, ac consequenter fidejussionem perficere possumus.
- 3 Num sola & nuda commendatio pro fidejussione habeatur.
- 4 Mens & consideratio l. 4. §. ult. ff. de fidejussor. tutor & curator.
- 5 Alius agens non operatur quicquam ultra eorum intentionem.
- 6 Quando quispiam ex nuda commendatione teneatur.

1 **H**Oc in §. agitur de formâ verborum per quam fidejussor obligatur. Quod autem de principali stipulatione dictum est, eam quacunque lingua, & quibuscunque verbis contrahi posse §. 1. supr. de verbor. obligat. l. 1. §. eadem. 6. ff. eod. l. omnes. 10. Cod. de contrah. & commit. stipulat. Idem quoque de accessoriâ stipulatione Imperator hic affirmat, quod scilicet & Gracè & quibuscunque verbis fieri possit; dummodò contrahentes se invicem intelligant. l. Gracè. 8. in princ. ff. hoc tit. l. blanditus. 12. Cod. eod. Anton. Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 11. num. 136. & seqq. Et quamvis M. Cicero lib. 6. Tusculanar. quest. asserat: nos omnes in illis linguis, quas non intelligimus, quæ sunt innumerabiles, surdos esse; hodie tamen plerasque per Interpretem audire ac intelligere, & iisdem per eundem respondere; & consequenter etiam fidejussionem perficere possumus, juxta ea, quæ tradit Mynsingerus cent. 5. observ. 45. & respons. 88. Rutgers. Ruland. in tract. de Commiss. lib. 4. cap. 18. n. 1. Trentl. disput. 28. thes. 4. lit. a. vol. 2. Gæddem in Comment. de contrah. & commit. stipulat.

cap. 3. conclus. 10. n. 184. & seqq. hosq; referens Heringius. d. cap. 1. n. 154. & seqq.

Illud hîc obiter admonendum: quod ex solâ & nudâ commendatione fidejussio non inducatur; nec commendans, instar fidejussoris, conveniri queat. Verbi causa: Titium ego, tanquam locupletem, quique solvendo esset, Sempronio cominendavi. Sempronius, hac meâ commendatione fretus, contraxit cum Titio. Postea Titius deprehenditur non esse solvendo. Vult igitur Sempronius, Titii excussione factâ, me convenire, tanquam fidejussorem. Queritur: an hoc jure facere possit? Et plerique negativè, & quidem non sine ratione, respondent, Johannes Köppen. decis. 36. n. 10. Alciat. lib. 2. parerg. cap. 12. Anton. Gomez. iustom. 2. var. resolut. cap. 13. n. 5. Anton. Hering. d. tract. de fidejussorib. cap. 18. num. 7. & seqq. hosque referens Hunnius in resolut. ad Trentl. d. vol. 2. disput. 28. thes. 4. quest. 25. pag. 204. Aliud quippe esse commendare, aliud mandare, liquido constat ex l. si verò. 1. §. cum quidam. 12. ff. mandatis.

Neque hanc sententiam enervat. l. cum ostendimus. 4. §. ult. ff. de fidejussorib. tutor. & curator. ubi apertè dicitur: eos, qui saltem affirmaverint, tutores esse idoneos, ex solâ & nudâ affirmatione pro fidejussoribus haberi. Nam hoc planè speciale est in eo, qui tutorem idoneum esse affirmat: idque duplici favore comparatum est: & pupillorum, ut habeant, quem pro tutoris minus idonei administratione convenire possint: & magistratum, ne subsidia in factum actione tam facile teneantur. Extra hanc verò causam, neminem ex hujusmodi affirmatione quasi fidejussorem conveniri, certum est. Id quod etiam hæc ratio confirmat, quod actus agentium non soleant quicquam operari ultra eorum intentionem, nec eos ulterius obligare. l. non omnis. 19. in princ. ibique Bartol. & Dd. ff. de reb. credit. si cert. pet. Atqui indubitatum est, quod illi, qui aliquem alicui commendant, nequaquam hoc agant sive intendunt, ut fidem suam pro ipso obstringant, vel pro eo, quod ipse gesserit, fidem suam interponant: sed solum, ut ipsi commendato, utpote homini locupleti & solvendo existenti, eò major fides habeatur. Ita, post alios, docet D. Hunnius dicto loco: ubi subjicit, hanc conclusionem limitari, ut non procedat, si probatum fuerit; aliquem sui licrigratiâ alium falsò commendasse, vel commendantem exactè cognitam & perspectam habuisse conditionem ejus, quem commendavit: ac dolosa suâ commendatione alterum dolo malo ad contrahendum induxisse. per l. quod si, cum scires. 8. ff. de dol. malo.

§. In stipulationibus. 8. & ult.

In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque scriptum sit, quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit, se fidejussisse: videri omnia solenniter acta.

S U M M A R I A.

- 1 Quod si in instrumento scriptum fuerit, aliquem fidejussisse: præsumitur, quod solennis stipulatio intervenit.
- 2 Solennitas intrinseca semper præsumitur.
- 3 Stipulatio hodie etiam per epistolam contrahi potest.
- 4 Fidejussio quibus modis tollatur.

Quemadmodum de principali stipulatione dictum est: quod si in instrumento scriptum fuerit, aliquem promississe, perinde habeatur, ac si interrogatione præcedente ritè responsum sit §. si scriptum 16. supr. de inutilibus stipulationib. ita quoque hîc de fidejussoriâ stipulatione affirmatur; quod si scriptum reperiatur, aliquem fidejussisse: præsumatur, quod solennis stipulatio intervenit: hoc est, interrogatio præcesserit, & responsio conveniens subsecuta fuerit: adeò ut si ipse fidejussor, postea à creditore conventus, neget fidejussionem solenniter factam: quia dicat fortassis, stipulationem minus rectè celebratam, vel quia ipse abfuerit, vel propter diversitatem responsionis, &c. non huic fidejussoris assertioni, sed potius ejus scripturæ fides adhibeatur. l. sciendum. 30. ff. de verbor. obligationib. Ratio illius hæc reddi solet: quia

solennitas intrinseca (qualis est stipulatio in fideiussione) semper præsumitur, *argum. l. Titia. l. 34. §. ult. ff. d. tit. l. 1. Cod. de usuris l. 1. Cod. de contrah. & commit. stipulat. Mynsinger hic num. 5. & 6. Bartol. Angel. & Dd. in d. l. sciendum. 30. ff. de verbor. obligationib. cum ex ipsa natura actus sumatur, per notata Menochii lib. 1. de præsumptionib. quest. 18. num. 9. & lib. 2. præsumptione 23. num. 3. & lib. 6. præsumptione 14. num. 22. eumque laudantis Heringii in tractat. de fideiussorib. cap. 11. num. 113. Vide Bachovium in not. ad Treutler. vol. 2. disp. 28. th. 1. lit. B. vers. stipulatio porro p. 896. & Hunnium ibidem in resolut. quest. 6. pag. 178. & seq. itemque Dn. Collegam Besoldum vol. 2. consil. 72. num. 17. & seqq. fol. 303. & seq. Et si porro jure stricto Romano stipulatio & præsentia utriusque contrahentis in fideiussionibus præcisè requiratur: hodie tamen communi quodammodo Germaniæ practicæ & stylo receptum est; ut non minùs valeant stipulationes per epistolam contractæ, quàm si legitimo jure, hoc est, præcedente interrogatione & subsequente responsione, inter præsentis celebratæ essent, stipulationis solennibus usu quasi desuetis, ut loquitur Hieronymus Treutler. d. vol. 2. disput. 28. thes. 4. lit. A. Idque pluribus persequitur Heringius d. cap. 11. num. 76. & subsequentib. Cæterum illud hoc loco breviter admonendum & subjiciendum est: quod quibuscunque modis principalis obligatio tollitur, iisdem & fideiussio finiatur, *l. in omnibus. 43. ff. de solutionibus, putà solutione. l. Granus Antoninus. 71. in princ. ff. hoc tit. novatione. l. novatione 4. Cod. hoc tit. l. ubicunq. 60. ff. eod. successioneseu actionis confusione. l. generaliter. §. in princ. l. cum reus 14. l. heres 21. §. ult. l. Lucius Titius. 24. d. l. Granus. 71. in princ. vers. tamen ubi successerit. ff. hoc tit. l. fideiussoris 24. Cod. pacto de non petendo l. si stipulatus. 15. §. fin. ff. hoc tit. & multis aliis modis, de quibus, post alios, accuratissimè & latissimè dissertant Valentinus Francus in tract. de fideiussorib. cap. ult. & Heringius eod. tract. de fideiussorib. cap. 20. per totum.**

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

TITULUS XXII.

Olim scripturâ fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodiè non sunt in usu. Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est: de pecuniâ minimè numeratâ, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scripturâ obligetur; & ex eâ nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multū autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex Principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari: per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

SUMMARIA.

- 1 Continuatio tituli.
- 2 Duplex literarum in obligatio, vetus & nova.
- 3 Vetustæ literarum obligatio quomodo fiebat.
- 4 Veterum nominum in locum chirographa successerunt.
- 5 Nova literarum obligatio quando contrahi intelligatur.
- 6 Exceptio non numerata pecunia non solum auctori opponi: sed & eundem anteverrere, atque in modum querelæ proponi potest.
- 7 Ex quibus causis isthac exceptio competat.
- 8 Cur eadem exceptio in causa tantum mutui & dotis locum habeat: quando item non admittatur.
- 9 Intra quod tempus hac exceptio opponatur.
- 10 Si intra biennium debitor hanc exceptionem non objecerit: postea non auditur, sed tanquam vetus debitor condemnabitur.

- 11 Exceptio est actionis exclusio.
- 12 An post biennium exceptio non numerata pecunia obijci possit, si paratus sit reus probare, pecuniam sibi non esse numeratam.
- 13 Consideratio l. si intra. §. in fin. C. de non num. pecun.
- 14 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 15 Consideratio l. in contractibus. 14. in princ. & §. 2. in fin. C. de non num. pecun.
- 16 Ultra biennii metas exceptio non numerata pecunia minimè extendenda.
- 17 Satisfacere creditori quid sit.
- 18 Minoribus hoc privilegium est tributum, ut adversus ipsos præscriptio isthac biennialis non incipiat.
- 19 Impossibilis est probatio factum negantis.
- 20 Obligatio quibus modis contrahatur.
- 21 Ut se habet obligatio civilis respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non opposita: ita se habet respectu exceptionis non numerata pecunia.
- 22 Illicita atque iniqua exactiones non admittenda.
- 23 Quatenus exceptio doli sit perpetua.
- 24 Conditio quavis regulariter perpetua.
- 25 Unâ viâ prohibitum, aliâ non est concedendum.
- 26 Biennium quid debitori tribuat. (tionis.)
- 27 Tempus quatenus non sit modus inducenda vel tollenda obligatio.
- 28 Consideratio §. item verborum. 21. supr. de inutilib. stipulat.
- 29 Intellectus l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet.
- 30 Veritas & communis opinio aequiparantur.
- 31 Contra quam scripturam exceptio non numerata pecunia opponi queat.
- 32 An, si debitor in chirographo constet, se ante annum certam pecunia quantitatem mutuo accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit.
- 33 Mens & sententia l. adversus. §. verj. cum autem. & l. generaliter 13. in princ. Cod. de non num. pecun.
- 34 Verum exceptio non numerata pecunia eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & consentienti conceditur.
- 35 Sine scripturâ literarum obligatio exoriri nequit.
- 36 Intellectus §. idem juris. 2. in fr. de exceptionib. & l. cum ultra. 9. Cod. de non num. pecun.
- 37 Prioribus leges ad posteriores trahuntur, & posteriores ad priores.
- 38 Si lege municipali caveatur, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi debere, an adhuc exceptio non numerata pecunia valeat.
- 39 Interpretatio ista non recipienda, quâ quispiam injuste opprimatur, aut lex iniquitatis arguatur.
- 40 Exceptio non numerata pecunia statuto tolli potest.
- 41 Exceptio hac etiam inter mercatores locum habet.
- 42 Exceptio illa quatenus debitoris heredibus deitur.
- 43 A quo die tempus reliquum, quod defuncto ad exceptionem supererat, heredi cedat.
- 44 Sententia l. ea, quæ. §. §. ult. C. de temporib. in integr. restitutio. nis, &c.
- 45 Ecquid minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat eo tempore finito, adhuc exceptione non numerata pecunia uti valeat.
- 46 Melius est, iura minorum intacta servari, quàm post causam vulnere ac iam remedium querere.
- 47 Num creditor habens chirographum, an verò debitor exceptionem non numerata pecunia opponens, docere debeat, se esse intra biennium.
- 48 Exceptiones preemptoria regulariter usq. ad sententiam opponi possunt.
- 49 Exceptioni non numerata pecunia, an & quatenus debitor renunciare queat.
- 50 Renunciatio jurejurando confirmata, valet. (veris.)
- 51 Cessat exceptio illa, si debitor fidem cautionis quocunq. modo agnoscat.
- 52 Si ille, qui chirographo decem se accepisse fuerit confessus, postea simpliciter quinque solvat, an cautionis fidem plenè approbasse censetur.
- 53 Num exceptio non numerata pecunia in ultimâ voluntate locum habeat.
- 54 Confessio geminata hujus exceptionis privilegium excludit.
- 55 Cessat item hac exceptio in tutore, qui confessus est, à pupillo suo se mutuo accepisse.
- 56 Exceptio ista etiam creditori tribuitur, quam contra apocham, intra triginta dies, opponere potest.
- 57 Vbi majus periculum, ibi cautius agendum.
- 58 Favorabiliores sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum.
- 59 Quatenus exceptio isthac intra triginta dies creditori competat.
- 60 Si quis receptâ quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, à creditore denuò conventus & condemnatus solvit: an repetita quietatione solummodo repetere possit.
- 61 Solutum per sententiam repetitur condictione sine causa, quando causa, ex quâ fuit lata sententia, reducitur ad non causam.
- 62 Repetitâ quietantiâ, si alia deficiens remedia dantur debitori actio de dolo.
- 63 Fallit in herede sive successore.

1 Expedit obligatione, quæ re, item quæ verbis contrahitur: rectè divisionis suprà in §. fin. tit. de obligation. positæ species, videlicet literarum obligatio, subnectitur.

2 Et quidem initio hujus tituli Justinianus Imper. obligationis nominum meminit; adeoque duplicem literarum obligationem esse, veterem nimirum & novam, ostendit. Unde & titulus, de literarum obligationibus; & non, de literarum obligatione, conceptus est. Ad veterem literarum obligationem quod attinet: de eâ breviter sciendum: eam non minùs civilem, quàm stipulationem fuisse. Utenim stipulatio solennibus verbis; ita hæc literarum obligatio solenni scripturâ fiebat. Et ut stipulatio firmandorum aliorum negotiorum causâ comparata fuit: ita & literarum obligatio priori causâ aut negotio confirmando adhiberi solebat. Idque duobus fiebat modis: vel ita, ut (verbi gratiâ) mutuam crediturus pecuniam cum accipiente ad argentarium, qui in foro mensam habebat: (unde etiam mensularius vocabatur) adiret, ab eoque in rationes suas actabulas referri peteret, tot vel tot illi ab illo esse credita & annumerata. Quo facto dicebatur obligatio fieri nominibus per mensæ scripturam. l. qui tabulas. 27. §. inde potest. 1. ubi Gothofred. ff. de furtis. l. quadam. 9. §. nummularios. 2. ff. de edendo. Cujac. lib. 22. observation. cap. 4.

4 Vel ita, ut debitor ipse in rationes, calendaria, seu tabulas domesticas ac privatas sese inscriberet, easque obsignaret. Quare literis atque obsignatis tabulis ita inscriptus debitor, præsertim si ipse suâ se manu, in suo aut creditoris calendario, ut debitorem inscripsisset, obligatus etiam citra numerationem esse credebatur. Atque isthæc veterum tabularum & nominum ratio in desuetudinem abiit, monente hic Justiniano: & eorum loco chirographa successerunt, ut liquet ex l. plures. 19. Cod. de fide instrumentorum, &c. Eamque rem explicatius persequuntur Hotoman. Giphanius, Vultejus, Rittershufius, Heigius, Anton. Pichardus, & alii ad hunc tit. & Wesenbecius in suâ Isagoge in lib. 3. Institut. num. 19. & seqq. itemq. noviter Frantzkius exercitar. iurid. 10. quest. 9. pag. 319. & seqq. Caterum nova literarum obligatio contrahi intelligitur, cum debitor spe futuræ numerationis dat creditor chirographum, in quo confitetur, se certam pecuniæ summam ab eo mutuo accepisse, quæ tamen postea numerata non sit, hoc tit. nostro. vers. planè si quis, &c. ibiq. Schneidevvin. num. 2. Mynsinger. num. 4. & ceteri Interpp. communiter Duar. ad l. C. de non num. pecun. in princ. Donell. lib. 14. Commentar. de jur. civ. cap. 37. latissimè Ant. Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 47. pag. 65. & seqq. itemq. Timæus Faber disp. anniverf. 23. ad Institut. Imperial. th. 11. Hæcque literarum obligatio, si communis juris civilis ratio spectetur, omnino quidem obligat & constringit: verum legibus comparatum est, ut pecuniam non numeratam allegans, ἀναγυγίας, seu non numeratæ pecuniæ exceptionem habeat, argum. hujus tit. l. in contractibus. 14. & tot. tit. C. de non num. pecun. Quæ exceptione quis, ob pecuniam instrumento quidem comprehensam, & quasi acceptam, nondum tamen numeratam, adversus creditorem se tueretur: ut, si Titius scripserit, se centum à Sempronio mutuo accepisse, eâ opinione, ut brevi acciperet: si eam postea pecuniam non acceperit, & à Sempronio conveniatur, tanquam acceperit, tueri se hac exceptione pecuniæ non numeratæ poterit. Quin & chirographum condicere poterit ultro, id est, antequam conveniatur à Sempronio. Est quippe hoc singulare in hac exceptione, ut ea non solum actori opponatur: sed & antevertat actorem, atque in modum querelæ proponatur. l. si quasi. 7. ibiq. Gothofred. Cod. de non numeran. pecun. Bald. Salicet. & reliqui Dd. in l. si ex cautione. 3. Cod. d. tit. Eguinarius Baro & Giphani. ad d. vers. planè si quis. hoc tit. & ibidem Mynsinger. n. 12. & seq. Felin. in c. si cautio. 14. num. 60. cum seq. ext. de fide instrument. Wesenbec. in d. Isagoge in lib. 3. Institut. num. 24. & seq. Joh. Kitzelius in exegefi de obligat. mutui. cap. 18. num. 16. & seq. Illud obiter adhuc monendum & addendum: quod Bachovius hic num. 1. pag. 792. cum seq. contra sententiam divi Imp. Justiniani, in §. fin. suprà. de obligationib. & in præsent. tit. expressam, argutis nonnullis rationibus ostendere annititur: obligationem ex literis non esse veram: cum tamen potius in memoriam sibi revocare deberet, quod ipse ad §. quoties. 12.

suprà. de inutilib. stipulat. pag. 778. circa finem, hisce formalibus verbis, Hotomanum suo more mordens, scripserit: *Quid tandem certum erit in jure nostro, si cuius interpreti ex cerebro suo licet mutare & refingere textus. Prurigo hæc est novatorum, corrumpenda jurisprudentia; quam angue & cane peius odisse debemus.* Hucque referenda sunt annotata infra num. 20. Vide quoque eâ de re Dn. Locamerum fasciculo 38. question. iuridicar. quest. 1.

Competita autem isthæc exceptio solummodo ex causa mutui & dotis. l. adversus. 5. ibiq. Gothofred. & l. pen. ibi, vel dotis, vel alterius (id est, mutui) causa nomine. C. de non numer. pecun. Gloss. & Schneidevvin. num. 15. Mascard. de probat. conclus. 695. num. 29. aliq. pleriq. ad hunc tit. Nam si ex alia causa, putà, depositi, empti, transactionis, &c. quis scriberet, & confiteretur, se debere centum: talis confessio statim præjudicaret, & contra scribentem probaret. l. Publica. 26. §. fin. ff. deposit. l. si transactionis. 11. & l. generaliter. 13. Cod. de non num. pecun. ubi Justinus Imp. hanc elegantem rationem subiungit: *Nimis enim (inquit) indignum esse judicamus, quod suâ quisque voce dilucidè protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioq. proprio resistere.* Ratio porro, cur in istis duobus tantum casibus, mutui scilicet & dotis, hæc exceptio locum obtineat, præcipua illa videtur: quia homines facilius inclinant ad confitendum effrenatè in his contractibus, quàm in ullis aliis, propter affectiones quas habent ad consequendas pecunias & uxores. Debitor etenim indigens pecuniâ, facile, imò vel decies confessionem conficeret, si modò spes consequendæ pecuniæ affulgeret: & sponsus facilius scriberet, & profiteretur, se dotem accepisse, dummodo sponsâ potiretur, Schneid. d. n. 15. in fine. Quamvis non desint, qui & in aliis contractibus huic literarum obligationi & exceptioni locum esse opinantur, Emanuel Costa in d. l. si ex cautione. 3. Cod. de non num. pecun. Petrus Heigius hic n. 19. & seqq. D. Bocer. n. 33. pag. 346. Anton. Affelman. de contractib. disp. 13. th. 4. pag. 336. Knipschildt exercitar. Justin. 7. quest. 15. pag. 270. aliq. ab his relati. Sanè illum, qui in extremis laborans, siue mortis in articulo constitutus fatetur; se vel dotem recepisse, vel aliquam pecuniæ summam suscepisse mutuo, non posse excipere de non numeratâ dote vel pecuniâ, post Menochium de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. n. 49. Rolandum à Valle consil. 37. num. 4. lib. 3. & alios. haud sine ratione tradit Polydorus Ripa in Commentar. de Actis in mortis articulo. cap. 5. & 6. Et si verò hæc exceptio olim intra quinquennium opponebatur, ut apparet ex fragmentis Cod. Hermogen. tit. de causâ & non numer. pecun. hodie tamen ex Justiniani sanctione intra biennium opponenda est, hoc tit. nostro, in fine. l. in contractibus. 14. Cod. de non numer. pecun. §. idem juris 2. in fr. de exceptionib. & hoc specialis privilegii habet, ut, si intra biennii mortem à debitore objiciatur: probandi necessitas creditori tenore literarum sibi deberi, incumbat. d. l. si ex cautione. 3. l. ad severatio. 10. Cod. de non num. pecun. Præsumit enim legislator contra chirographum, pecuniam non esse numeratam, utcunque id chirographum testetur: partim propter odium fœneratorum, qui plerunque singraphas, antequam numerent, exigunt: partim propter facilitatem ipsorum debitorum, qui facile (ut paulò antè dictum) quamlibet confessionem exhibent: modò spes sit, aliquando pecuniam numeratum iri. Mynsinger. ad vers. planè si quis. hoc tit. n. 6. Schegk. in delib. jur. disp. 17. thes. ult. ad lit. A. Quam numerationem si creditor probaverit: reus vel debitor convictus, qui propriam scripturam abnegavit, vel numerationem inficiatus est, in duplum condemnatur, auth. contra. Cod. de non num. pecun. Novell. 18. cap. 8. Quod si tempus istud debitor neglexerit, postea non audietur, sed tanquam verus debitor condemnabitur, & ad solutionem tenebitur. d. l. in contractibus. 24. in princ. Cod. d. tit. d. vers. planè. hoc tit. Quia non est verisimile: tam supinum, tamque negligentem fuisse debitorem, ut intra totius biennii spagium pecuniam non exigeret, aut cautionem datam non reposceret, ut tradit Mynsinger hic d. n. 6. & Schneidevvinus n. 18.

Nec moverit quicquam, si objiciatur, illud iniquum esse, si fortè is, qui chirographum accepit, intra biennium

non agat, sed malitiosè differat actionem, donec tempus exceptioni præfinitum elabatur: ad agendum autem cogi non possit, *tot. tit. Cod. ut nemo inuitus agere vel accus. cogatur*. Atqui ubi non est actio, ibi neque exceptioni locus est: cum exceptio nihil aliud sit, quàm actionis exclusio. *l. 2. in princ. ff. de exception.* Hoc, inquam, nihil moverit: quandoquidem hoc casu si alter non agat, potest is, qui chirographum dedit, scripto denunciare ei, qui accepit, & testari, nihil sibi numeratum esse: vel si is absit, potest coram iudice querelam non numeratæ pecuniæ interpungere, & syngrapham suam per conditionem repetere. *d. l. si quasi 7. & d. l. in contractibus. 14. §. in omni. 4. Cod. de non num. pecun. l. ultim. Cod. de condit. ex lege, & c. Rittershus. hic pag. 462.*

¹² At gravis hoc loco, & intricata occurrit quæstio: An post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ objici possit, si paratus sit reus liquidò probare, pecuniam sibi numeratam non esse? Plerique id affirmant, *Accursius & Paul. de Castro in d. l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. Bartol. Angel. & Salicet. in d. l. si ex cautione. 3. Cod. edd. Angel. Arétin. in d. §. idem juris. infr. de exception. n. 4. Alexand. consil. 168. col. penult. lib. 1. Jason. ad l. 3. §. ult. n. 8. & ad l. manifesta. 38. n. 6. ff. de jurejur. Decius ad l. jure natura. 206. n. 5. ff. de reg. jur. Gomez. tom. 2. var. resol. jur. c. 6. n. 7. & ibi Soares in addit. lit. J. Martin. Schickhard. disp. 13. ad Instit. th. 7. sub lit. b. & resol. quæst. 1. Ant. Faber in Cod. Fabr. de non numer. pecun. definit. 1. n. 5. & 6. Ilco Ummius disp. de process. judic. 8. conclus. 5. n. 35. pag. 339. cum seq. Pacius in Epitom. jur. disp. 13. thes. 30. Henonius disp. 15. controvers. 15. Bronchorst. cent. 1. ivavtiopavov. assert. 68. edit. 1. Joh. Franc. Ozerius. Henricus de Pyrno, Baldutinus, Vultejus n. 7. Thadeus Pison. §. & Schneidev. n. 11. hoc tit. Ungewahr. exercit. Justin. 11. quæst. 9. pag. 430. cum seq. edit. ult. Laurent. Kirchov. commun. opinion. cent. 6. conclus. 16. & alii, ab his commemorati, qui communem hanc opinionem pronunciant: non pauci verò negant. Alberic. de Rosat. & Curt. jun. in l. 2. §. appellata. n. 7. ff. de reb. credit. si cert. pet. Odofredus, Azo, Richards, Oldradus, Butrigarius, Placentinus, eosq. referens Emanuel à Costa in d. l. si ex cautione. 3. Cod. de non num. pecun. limitat. ult. Vasquius de success. creat. lib. 1. §. 9. n. 22. Joan. Faber. Anton. Matthæus & Heigius hic n. 39. & seqq. Duaren. ad tit. Cod. de non num. pecun. cap. 4. Matth. Stephan. cent. 3. quæst. 58. Donellus ad l. si intra. 8. C. cod. & latius lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 38. & ibi Hilliger in suis not. ad lit. A. Coler. de process. execut. part. 1. c. 10. n. 216. & seqq. Duenas in reg. 261. ampl. 1. & lim. 2. vers. sed licet, Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap. 14. n. 66. Fachinaus lib. 2. controversiarum jur. cap. 81. Hunn. lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 6. quæst. 2. Arumaus exercitat. Just. 12. thes. 12. Timæus Faber. d. disp. 23. ad Instit. Imperial. th. 13. Kitzelius d. exeges. de obligat. mut. cap. 8. n. 37. & seqq. D. Bocer. hic n. 22. cum seqq. pag. 343. Frantzkius exerc. jur. 10. quæst. 10. pag. 324. cum seqq. Riemer. decad. 10. quæst. illustr. 8. Henricus Nebelkre. decisionum lib. 1. decis. 22. alii-
¹³ que nonnulli. Atque horum sententia, cui ceu veriori & ego meum lubens adjicio calculum, sequentibus innititur argumentis. I. Divus Imp. Alexander in d. l. si intra. 8. in fine. Cod. de non num. pecun. disertè rescribit: debitorem post legitimum tempus, id est, post biennium effluxum, omnimodo compelli debitum solvere. Si igitur debitor omnimodo post biennium solvere debitum compellitur: consequens est, eum nullo modo solutionem evitare posse, si paratus sit probare, pecuniam non esse numeratam, siue non sit paratus. Nam qui omnem modum dicit, nullum modum excipit, *arg. l. omnia. 7. ubi Decius. ff. de reb. credit. si cert. pet.* II. Divus Imp. Justinianus in d. l. in contractibus. 14. in princ. Cod. de non num. pecun. apertè sancit: exceptionem siue querelam non numeratæ pecuniæ, post biennium, nullo modo esse introducendam vel admittendam. Ergo ne tunc quidem eadem exceptio admittenda est, si debitor vult probationis onus in se recipere, & docere, pecuniam sibi numeratam non esse. III. In eadem. l. in contractibus. 14. §. super ceteris. 2. in fine scribitur: post præstitutum tempus, intra quod exceptio non numeratæ pecuniæ compete-
¹⁴ bat, adeò non licere eam opponere, ut nec*

liceat dicere pecuniam non esse numeratam. Ex quo evidentiè perspicitur: debitorem planè non esse audiendum, quantumvis probatio nem offerat. Quia prius est, ut dicat, pecuniam sibi non numeratam esse, quàm ut probet, non esse numeratam. *l. 2. ff. de probationib.* Quare si ei non licet dicere, non esse numeratam pecuniam: non etiam licebit probare, non numeratam esse. IV. Idem Imp. Justinianus in fine hujus tituli nostri, perspicuè cavet: ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minimè extendatur. Atqui verò extenderetur ultra biennii metas, si hac conditione admitteretur, ut ipse reus in se onus probandi recipere posset. Quin & si post biennium elapsum admitteretur hæc exceptio: eveniret, ut creditores diutius pecuniis suis defraudarentur: adeoque Justiniani constitutio elusoria redderetur: ob quam tamen rationem ipse Imperator tempus exceptionis hujus coarctandum & constringendum putavit: *ut ex fine hujus tituli relucet.* V. Quisquis obligatus est secundum formam juris certi, non aliter facto suo liberatur, quàm si solvat, aut satisfaciat creditori iis modis, qui recensentur *infratit. quib. mod. tollit. obligat. l. si rem alienam. 9. §. omnis. 3. ff. de pignorat. act.* At dicere, pecuniam non esse numeratam, & id probare: non est solvere creditori, sed maximè solutionem negare: multò minus est satisfacere. Nam satisfacere creditori est, eum vo-
¹⁷ lentem, pro eo, quod à nobis petit, contentum siue securum reddere. *l. 1. ff. qui satisd. cogant.* Quapropter debitor, literis obligatus, ista probationis oblatione liberari non potest. VI. Frustrà esset minoribus hoc privilegium concessum, ut ne adversus eos præscriptio isthæc biennialis incipiat: si ea neque adversus alios quosvis debitores currat. *l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restitutio necessaria non est.* VII. Huc facit, quod post biennium reus ad debitum, quod confessus est, exsolvendum obligatus dicitur, *hoc tit. nostro*: adeoque ex eo tempore necessitas solvendi ei imponitur, *initio tit. supr. de obligationib.* Atqui nullà adstringeretur solvendi necessitate, si aliquo modo, nempe per contrariam probationem, evitare solutionem posset. VIII. Accedit hæc ratio, quod in proposito nulla per rerum naturam probatio videatur esse posse negantis factum, atq; adeò ista probatio impossibilis censeatur. *l. actor. 23. Cod. de probationib.* Idque in specie de hac exceptione non
¹⁹ numeratæ pecuniæ affirmant Imp. Diocletian. & Maxim. in l. adseveratio 10. Cod. de non num. pecun. Et si enim mille testes dixerint, se non vidisse, pecuniam debitori numerari: fieri tamen potest, ut numerata sit, & illi non viderint. Et quamvis creditoris etiam instrumentum proferatur, in quo is fatetur, se non numerasse pecuniam: fieri tamen potest, ut postea numeraverit. Cum igitur ille, qui paratus est probare, pecuniam sibi numeratam non esse, ad impossibile se offerat: meritò audiri minimè debet. IX. Si ad-
²⁰ mittitur probatio post biennium: sequitur, nec scripturam ad obligationem quicquam facere, nec obligationem literarum esse à ceteris distinctam. At posterius est falsum, & contra expressam sententiam Justiniani, in §. fin. supr. tit. de obligationib. ubi dicitur: obligationem vel re, vel verbis, vel literis, vel consensu contrahi. Ergo & prius. Ratio consequentiæ est: quia aliàs præsumeretur, solum debitorem ex mutuo esse obligatum; quam præsumptionem literarum debitoris causarentur: sicque scriptura hoc in casu duntaxat fidem aliquam faceret, uti aliàs regulariter. *l. Publia Mevia. 26. §. Titius. 2. ff. de positi. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. l. 3. ff. de fide instrument.* quæ contrariâ probatione iterum refutari posset. *d. l. Publia. 26. in fin. ff. de positi.* & obligatio omnis ex mutuo ficto esset: atque ita frustrà Justinianus literarum obligationem ab eâ, quæ ex mutuo descendit, sejunxisset. Nunc dum hoc non nisi absurdè dici potest: nihil quoque ad hanc obligationem refert, utrum pecunia numerata sit, nec ne: & quod consequens est, frustrà debitor suscipiet probationem, pecuniam numeratam non fuisse: cum etiam sine numeratione literis illis post biennium obligetur. Hartman. Pistor. lib. 4. q. 12. n. 13. pag. 430. Duaren. ad tit. C. de non num. pecun. d. cap. 4. eosq. referens Frantzkius. d. exercit. 10. q. 10. n. 11. pag. 326. X. Quemadmodum
²¹ se habet obligatio civilis, respectu exceptionis pacti de non petendo, intra legitima tempora non opposita: ita

ita se quoque habet respectu exceptionis non numeratæ pecuniæ. At priori casu si ante sententiam non opponatur exceptio, ita confirmatur civilis obligatio, ut propter auctoritatem rei judicatæ probatio nulla admittatur, *arg. l. singulis. 6. ff. de except. rei judicat. l. ingenuum. 25. ff. de stat. hom. l. servo. 65. §. cum prator. 2. ff. ad senatusc. Treb. sed sententia omnino executioni mandetur. l. sub specie. 4. C. de re judic. l. Imperatores. 35. ubi Zas. & Duaren. ff. eod. l. admonendi. 31. ff. de jurejur. Mynsing. cent. 4. obs. 60. n. 2. Ergo & casu posteriori. Ratio consequentiæ evidens est: quia hoc respectu comparantur, *arg. 2. 3. & 5. infr. de exceptionib.* Ut enim priori casu civilis obligatio, quæ jure summo manet incolumis, d. §. 3. interpretatione juris ex æquitate quadam civili per sententiam confirmatur, & ad exigendum id, quod judicatum est, efficax redditur. d. §. 5. ita hæc nostra obligatio eodem modo ante biennium summo jure tantum ad agendum habilis, per exceptionem facillime eliditur: lapsu vero biennii (idque propter consensum scribentis, qui ex negligentia non querentis colligitur) efficaciter confirmatur, *Frantz. d. exerc. 10. q. 10. n. 14. & seq.* Atque hanc decisionem jure quoque canonico (cum dissensio nulla sit expressa) obtinere, complures tradiderunt; *Specul. in t. de restitut. in integr. §. 1. n. 25. Archidiacon. in can. si quis episcoporum. 2. caus. 3. q. 6. Bald. n. 22. & Jason. n. 28. in l. cum quis. 10. C. de jur. & facti ignorant. Petrus Duen. d. reg. 261. n. 12. Hippolyt. Riminald. consil. 272. n. 20. lib. 3. eosq. citans Fachinens d. lib. 2. contrav. jur. cap. 82. Quibus quoque suffragantur Heigim hic n. 40. Kitzel. d. exegesi de oblig. mutui. cap. 8. n. 26. Hilliger, in Donell. enucl. d. lib. 14. c. 38. lit. A. Knipschildt. d. exercit. 7. quest. 17. pag. 272. & Matthias Stephani d. cent. 3. q. 59.**

22 Quinon obstat, quod illicitæ & iniquæ exactiones sive petitiones non sint admittendæ, *l. illicitas. 6. in princip. ff. de offic. præs. d.* Hæc autem sit illicita & iniqua exactio, quæ creditor pecuniam non numeratam exigit, tanquam numeratam. Facit enim iniquum lucrum, cum recipit, quod non dedit, *d. l. illicitas. 6. l. cum hi. §. si quis. 22. vers. sanè. ff. de transact. & creditor debitorem sibi non obligat ultra id, quam ei numeravit. l. rogasti. 11. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Nam respondetur: illicitam & iniquam exactionem esse, exigere pecuniam, quam constat non esse numeratam. At ubi dubium est, an sit numerata, de quo hic agitur: nihil est æquius, quam creditori, chirographum debitoris proferenti, fidem haberi: nihil, inquam, est æquius, quam debitorem confessioni suæ, literis testatæ, stare: quippe cum eam silentio integri biennii confirmarit: & non verisimile sit, illum tamdiu passum esse, chirographum suum esse apud creditorem, nisi pecunia ei numerata fuisset. Adhuc beneficium querelæ intra legitimum tempus debitori tributum erat hac conditione: ut nisi intra id tempus querelam istam deferret, biennio finito omnino excluderetur. *d. l. si intra. 8. in fin. & d. l. in contractib. 14. C. de non num. pecun.* Sibi metipso ergo imputet, quod beneficio legis, intra tempus à jure præfinitum, usus non fuerit. Quicunque enim beneficio legis, certâ conditione sibi tributo, secundum voluntatem legis, non utitur: de sese tantum, & non de jure, aut de adversario queri debet, quod compendia & commoda sua amiserit, *arg. §. sed nostra. 6. supr. de hered. qual. & different. lult. §. si autem hoc. 14. vers. & sibi imputet, & c. C. de jure deliberandi. Donell. d. lib. 14. Comment. de jur. civ. cap. 38. pag. 362. n. 40. & seq.*

23 Non refragatur etiam, quod exceptio doli sit perpetua. *l. purè. 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* Exceptioni verò non numeratæ pecuniæ, exceptio doli conjuncta sit, unaque in alterius locum succedat. *l. si ex cautione. 3. C. de non num. pecun.* Proindeque utraque, & doli, & non numeratæ pecuniæ exceptio, sit perpetua. Ad majorem namque respondetur: dictam *l. purè. 5. §. fin. ff. de doli mali, & met. except.* de tali doli exceptione accipiendam esse, quæ per se stat, & principalis est: non autem de tali doli & metus exceptione, quæ per se non subsistit, sed conditionem principalis exceptionis, cui connexa est, sequitur, *arg. l. cum principali. 178. ff. de reg. jur. veluti in nostro casu principalis exceptio est, exceptio non numeratæ pecuniæ: minùs principalis, exceptio doli, ipsi accedens: quarum ambæ pariter*

biennio circumscribuntur & extinguuntur, *d. l. fin. tra. 8. in fin. C. de non num. pecun. Donell. d. cap. 38. pag. 363. n. 10. cum seqq. Kitzel. d. exeg. de oblig. mutui. c. 8. n. 47. & seq. Idq. fusius enodat Henr. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 263. & seq.*

Similiter nihil decerpit nostra decisione. *l. si quasi. 7. C. 24 de non num. pecun.* ubi cum conditio chirographi & cautionis debitori permittatur: conditio autem quævis, nisi exceptio doceatur, perpetua sit. *l. 2. circa medium princip. ibi, neq. sit in quocunq. casu, & c. C. de constitut. pecun. & ad triginta annos extendatur. l. 3. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* inde colligi videtur, exceptionem quoque non numeratæ pecuniæ, cui prædicta conditio surrogata est, onere probandi à debitore suscepto, perpetuam esse, ac post biennium opponi posse. Etenim respondetur: in hoc negotii genere quælibet remedia, sive in modum exceptionis, sive actionis proponantur, intra biennium concludi: adeò, ut post biennium omnis non numeratæ pecuniæ querela removeatur, reusque omnino solvere teneatur. Idque tum generalitas dictarum constitutionum, puta *l. si intra. 8. l. in contractib. 14. & similibus. C. de non num. pecun.* tum etiam capitula 39. & 84. cum quid unâ viâ prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti. *de reg. jur. in 6. evidenter suadent: ut proinde d. l. 2. C. de constit. pecun. & d. l. 3. C. de prescript. 30. vel 40. annor.* ubi omnes personales actiones 30. annos durare censentur, cum hoc temperamento accipienda sint: nisi quædam exceptæ reperiuntur: veluti pleræque actiones pœnales, in personam, anno circumscribuntur. *l. in honorariis. 35. in princ. ff. de obligation. & actionib. Kitzel. d. cap. 8. n. 45. & 46.*

Præterea non adversatur, quod biennii lapsus non potest debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit. *l. non potest videri. 208. ff. de reg. jur.* Atqui biennium tribuit solum debitori immunitatem probationis intra biennium. *d. l. asseveratio. 10. C. de non num. pecun.* sic, ut non ipse reus, sed adversarius, sive actor onus probandi sustinere debeat. Igitur & hanc solam probationis immunitatem, non etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ, lapsus biennii reo adimit. Nam respondendum est: assumptionem hujus argumenti aperte esse falsam. Siquidem biennium debitori duo tribuit, exceptionem non numeratæ pecuniæ, & immunitatem probandi. *d. l. 3. C. de non num. pecun.* Quare argumentum hoc in sententiæ contrariæ suffragatores ita rectè retorquetur: Quicquid biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit. *d. l. si intra. 8. & d. l. in contractibus. 14. C. d. tit.* At verò biennium debitori non tribuit tantum immunitatem probationis; sed etiam, & quidem in primis, exceptionem non numeratæ pecuniæ. *d. l. 3. C. eod.* Ergo lapsu biennii debitor utrumq. habere desinit: & consequenter solvere omnimodo compellitur: quantum vis pecuniam sibi non esse numeratam, demonstrare sit paratus. *d. l. in contractib. 14. in princ. & §. 2. C. d. tit. Hunnius d. lib. 3. var. resol. tract. 6. q. 2. vers. non etiam refragatur, & c. pag. 1063.*

Nihil insuper obsistit *l. obligationum. 44. §. 1. vers. placet. ff. de oblig. & act.* ubi dicitur, quod tempus non sit modus inducendæ vel tollendæ obligationis: & per consequens lapsus biennii obligationem non inducat. Regula namq. ista procedit, nisi temp. legis dispositione (ut in proposita quaestione) munitum sit: exemplo usucapionis: quæ quidem in tempore fundata est, sed ita volente & jubente juris auctoritate. *Wesenbec. in Paratit. ff. de oblig. & act. n. 9. Arumans d. Exercit. Just. 12. th. 12. in fin. Nebelkra. d. decis. 22. pag. 266.*

Hoc amplius nihil ad rem pertinet *§. ite verbor. 12. supr. 28 de inut. stipul.* ubi scripturæ sive instrumento stipulationis credendum esse traditur; nisi adversarius possit ostendere, se toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, in aliis locis fuisse. Ergo & idem in nostro themate dicendum videtur. Quia respondetur: diversâ esse utrobique causâ. Instrumentum siquidē, de quo ibi agitur, non confectum est à promissore. At in nostra specie chirographum sive instrumentum confessionis ab ipso debitore, vel certè voluntate ipsius ab alio, est confectum. Instrumentum præterea illud quia alienum est, infringi nequit, nisi fuerit oppositum: at literarum obligatio sive chirographum per conditionem repeti potest, etiamsi petitio ex illa obligatione à creditore nondum instituta fuerit. *d. l. si quasi. 7. C. de non num. pecun. Arum. loco modo indicato.*

29 Denique non turbat nostram sententiam, quod Paulus in l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. ait: eum, qui pecuniam creditam accepturus, spondit creditori futuro, in potestate habere, ne accipiendo se ei obstringat. Unde inferri posse videtur: quod si debitor pecuniam non acceperit, non sit obstrictus illo tempore: & consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere possit, se pecuniam non accepisse. Respondetur enim: in ista lege nullius scripturæ, seu cautionis creditori oblata, sed nudæ duntaxat sponsonis mentionem fieri: ex quâ, cum literarum obligatio, citra scripturam non emergat: debitori quovis tempore liberum est, non accipiendo pecuniam, creditori futuro sese non adstringere: quod cum hac non numeratæ pecuniæ exceptione nihil commune habet: ut rectè tradidit Kitzelius d. exeg. de oblig. mutui. cap. 8. n. 50. & Fachinaus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 81. in fin. Et de intellectu illius legis agitur quoq. ad §. idem juris. 2. infr. de exceptionib. Aliis quibusdam argumentis contrariis nuperrimè satisfecit Frantzkius d. exercitat. 10. q. 10. n. 22. & seqq. pag. 328. cum seqq. Atque ita evictum est: non numeratæ pecuniæ exceptionem, post biennii lapsum cessare, utcunque debitor onus probandi in se recipere vel-

30 lit. Verum enim verò si iudex, conscientia scrupulo commotus, contrariam sententiam, quæ communis perhibetur, in iudicando sequatur: eum haud peccare arbitror. Siquidem veritas & communis opinio æquiparantur, per notata Andrea Gail. lib. 1. observ. 153. n. 5. Atqui omnes iudices veritatem sequi debere, constat ex l. nemo. 23. in fine. C. de sentent. & interloc. omn. judic.

31 Porro non valde dubitatur: hanc ἀναγνώσις seu non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi posse contra quamlibet scripturam, quâ quis pecuniæ summam confitetur, vel publicam à Notario confectam, argum. l. si ex cautione. 3. ubi Gloss. & Bartol. & l. ult. ibi, tam in fœneratitiis cautionibus, quàm in aliis instrumentis. Cod. de non num. pecun. l. ult. Cod. de dote cauta, non numeratâ. junctâ l. Imperatores. 29. in fine principii. ff. de probationib. & l. 1. Cod. de iurejur. propt. calum. dand. Schneidevvin. hic n. 13. vel privatam manu debitoris scriptam, l. 1. 2. 3. & passim. Cod. de non num. pecun. & hic in vers. planè si quis, &c. ibique Faber. n. 3. & Schneidevvin. n. 14. aut tantum subscriptam, l. sicut. 8. §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pig. vel hypothec. solvit. l. si per epistolam. 50. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. cum antiquitas. 8. §. ult. Cod. de testam. initio tit. infr. de empt. & vend. vers. in iis autem. Felin. in can. quoniam. 11. de probationib. n. 43. & seqq. Sed & eandem exceptionem contra instrumentum publicum Guarentigium, paratam executionem habens, competere verius est, arg. d. l. 3. & d. l. ult. C. de non num. pecun. generaliter loquentium: & tradunt fason. in l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. n. 7. Emanuel a Costa in d. l. 3. in 12. fallentia. C. de non num. pec. Gomez iustom. 2. var. resolut. jur. civ. c. 6. n. 3. & ibidem Soarez. in addit. lit. g. aliq. ab iis laudati.

32 De eo magna Doctorum dissensio est: Num, si debitor in chirographo confiteatur, se ante annum, aliudvè tempus, certam pecuniæ quantitatem mutuò accepisse, exceptionem istam nihilominus intra biennium opponere possit? Et quod non possit, existimant Accursius in l. in contractibus. 14. in verb. alia res. Cod. de non num. pecun. Alberic. de Rosat. Simon Vincentius, & Salicet. in l. generaliter. 13. Cod. eod. Jacob. Butrigar. Christophor. de Castell. & Socin. sen. ad l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Hunnius & Bachovius in not. & resolut. ad Trentler. disp. 20. th. 2. lit. c. vol. 1. Affelman. d. disp. 13. de contractib. th. 14. pag. 343. hosq. referens Knipschildt d. exercit. 7. quest. 16. pag. 270. Sed contraria affirmantium sententia multò est probabilior. Tum quia leges exceptionem non numeratæ pecuniæ concedentes, generaliter conceptæ sunt, nullâ factâ distinctione, utrum quis simpliciter, an verò longè ante chirographum, sese pecuniam accepisse, confiteatur. Tum quia nulla afferri potest differentia ratio, sive quis simpliciter, sive ante hoc vel illud tempus se accepisse profiteatur. Semper enim subest dolus creditoris, & fragilitas aviditasque debitoris. Tum denique quia eadem facilitate, quâ quis confitetur, se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiam, se accepisse longè ante chirographum. arg.

l. si mulier. 22. Cod. ad senatuscons. Vellejan. Et ita sentiunt Ludovic. Roman. Alexand. & Decius in d. l. 2. §. appellata. ff. de reb. cred. si cert. pet. Cynus in d. l. generaliter. 13. opposit. 1. Cod. de non num. pecun. Angel. Arctin. in §. idem juris. n. 23. infr. de exceptionib. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 6. n. 4. Fachinaus lib. 2. controvers. jur. cap. 83. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 38. edit. postrema. Kitzel. d. exeg. de oblig. mutui. c. 8. n. 7. & seq.

Neque obstant l. adversus. c. vers. cum autem ex precedente & d. l. generaliter. 13. in princ. C. de non num. pecun. ex quibus dissentientes colligunt: exceptioni non numeratæ pecuniæ locum haud esse, quando debitor chirographo suo professus est, se ante annum pecuniam à creditore accepisse. Nam leges illæ de facti specie longè diversa loquuntur; nempe cum quis confitetur, se debitorem esse alterius ex aliâ, quàm crediti, causâ præcedente; ut putâ si quis in chirographo fateatur, se alicui debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit; vel quæ ante annum ex causa emptionis præstare tenebatur. Hoc casu non inquiritur, an pecunia numerata sit; sed an causa verè præcesserit, nec ne: & confessioni statuitur, donec contrarium doceatur. Fachin. d. cap. 83. ad finem.

De illo quoque acriter inter Interpretes litigatum est: utrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus confessus est, se accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet? Et quidem plerique statuunt, istam exceptionem eodem modo competere ei, qui citra scripturam, mediante stipulatione, præsentibus testibus; sese creditori ad restituendam pecuniam, quam se accepisse professus est, obligavit, quo competit & conceditur illi, qui mediante scripturâ confessus est, sese alteri pecuniam debere, Bartol. n. 3. Bald. n. 14. & Salicet. n. 14. in d. l. si ex cautione. 3. Cod. de non num. pecun. Duaren. ibidem. cap. 1. in princ. Alciat. in l. qui pecuniam. 30. circa finem. ff. de reb. cred. si cert. pet. Faber hic n. 7. & Fachinaus d. lib. 2. controvers. jur. cap. 85. Verum alii, ipsa rei veritate pensiculatiùs considerata, rectius concludere jam mihi videntur: debitorem, si citra scripturam, testibus præsentibus sese pecuniam accepisse confessus sit, isthac confessione non obligari: sed ipsi semper liberum esse negare, se id accepisse, de quo confessus est; & eam in rem, post biennium etiam probationem inducere: hacque probatione impletâ, omnino absolvendum esse. Accursius in l. si non singuli. 5. Cod. si certum pet. Donellus lib. 14. Comment. de iur. civ. c. 39. pag. 368. hosque laudans Joannes Kitzelius d. cap. 8. n. 10. Vide 1. fol. abhinc 5. & seqq. Cum enim Justinianus Imp. in d. l. in 35 contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. & in hoc tit. nostr. scriptam cautionem nominatim exigat, adeoque sine scripturâ obligatio literarum exoriri nequeat: inde satis manifestum fit, quod ex stipulatione, citra scripturam, huiusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, tam ante, quàm post biennium, in modum exceptionis regularis, cum suscepto onere probandi, opponi possit.

Non obstat huic conclusioni §. idem juris. 2. infr. de exceptionib. & l. cum ultra. 9. Cod. de non num. pecun. quorum locorum in utroque cum præcipiatur, exceptione non numeratæ pecuniæ & eum defendi debere, quem ex stipulatione dare oportet: ex eo evincere conantur adversarii, quod exceptio non numeratæ pecuniæ, intra biennium retractandæ confessionis ergò opponenda, sicque privilegiata, etiam detur ei, qui sine scripto, stipulanti creditori, pecuniam sese daturum seu soluturum, promisit. Non obstant, inquam, illi textus. Quando enim Imp. Justinianus in d. §. 2. in fin. infr. de exceptionib. rem totam, de quâ prius in isto §. constituerat: expressè revocat ad constitutionem suam, in d. l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. certè textus ille Institutionum secundum dictam modò legem, quam diximus nominatim exigere scriptam cautionem, accipiendus erit: sicuti etiam d. l. cum ultra. 9. C. d. tit. cum generalis sit, nec quicquam exprimat, scriptonè quis promiserit, an sine scripto, ex aliis legibus ejusdè tituli supplenda: atq. adeo utrobique stipulationi cautionē scriptâ in crediti sive mutui causâ adjectâ fuisse, omnino præsupponendū est, arg. hujus tit. nostr. & d. l. 14. C. de non num. pec. Nihil siquidē (dummodo cautio scripta sit) quoad

quoad dandam exceptionem non numeratæ pecuniæ, refert: utrum ea sola sit, an verò ei aliud quippiam, majoris securitatis gratiâ accesserit, puta pignoris obligatio, stipulatio, vel etiam jurisjurandi religio. *l. 1. l. 3. d. l. 9. & l. fin.*

37 *Cod. eod.* Nam & alias in jure nostro haud infrequens est, ut & priores leges ad posteriores trahantur, & posteriores ad priores. *l. non est novum. 26. & duab. seqq. ff. de leg. Donell. & Kitzel. locis praeallegatis.* Adde Döringium in *Bibliotheca jurisconsultor. tom. 1. in verb. actio chirographaria. num. 6. fol. 297.*

38 Sed nec ille casus admodum planus est: si videlicet lege municipali seu statuto civitatis caveatur, certas duntaxat exceptiones, puta solutionis, compensationis, rei judicatæ, &c. contra instrumentum opponi debere, an adhuc vim suam exerceat hæc non numeratæ pecuniæ exceptio? Et, non obstante opinione Baldi, id negantis in *l. pecun. 14. C. de solution. n. 4. & in l. 3. Cod. de postuland. in colum. ult.* agentium sententiam veritati magis accedere, puto. Ejusmodi namque ἀναγυγία exceptio inest ipsi obligationi & confessioni; quia lex præsumit, confessionem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit. Quare in dubio nunquam à lege municipali talis exceptio exclusæ censeri debet: quemadmodum nec, si quis jurejurando fateatur, se accepisse, impeditur, quò minus excipere possit. *l. ult. Cod. de non num. pecun.* Neque enim obligationi videtur consentire, qui se accepisse confitetur; nisi pecunia numeretur: proindeque injustum est.

39 set civitatis statutum, quo exceptio illa rejiceretur. Non autem ea recipienda est interpretatio, quâ quispiam injustè opprimatur, quâ lex iniquitatis arguatur, & à sapientibus reprehendi mereatur, *argum. l. Salvius Aristo. 6 ff. de legat. præstand. Menoch. lib. 2. de arbitrar. judic. quæst. cent. 2. cas. 199. n. 8. & seqq.* Atque ita tenent Cynus ad *d. l. in contractibus. 14. C. de non numer. pecun. Jason. ad l. qui pecuniam. 30. n. 7 ff. de reb. cred. si cert. pet. Felin. in cap. si cautio. 14. num. 47. de fide instrument. Gomez. lib. 2. var. resolut. cap. 6. num. 3. eosq. citans Fachinans lib. 2. contro-*

40 vers. jur. cap. 84. Sanè expressè tolli statuto hanc exceptionem posse, non negandum est, *argum. l. nec ex pratorio. 27. ff. de reg. jur. & l. 2. in fine Cod. de constitut. pecun.* Jure siquidem civili ea est inventa, hoc tit. nostro, & tot. tit. *Cod. de non num. pecun.* Igitur per statutum tolli poterit. *§. sed naturalia. 11. supr. de jur. natur. gent. & civ. Bald. in fin. Salicet. n. 20. & Eman. Costa. fallent. 13. in d. l. si ex cautione. 3. C. de non num. pecun. Felin. in d. c. si cautio. 14. n. 55. de fide*

41 *instrument.* Quod si statutum nullum extet: ubivis locorum regulariter exceptionem hanc, etiam inter mercatores, habere locum, probabilius est. Nam licet de hoc quidam addubitent, *Jason. & Decius in d. l. qui pecuniam. 30. ff. de reb. cred. si cert. pet. Wesenbec. consil. 31. n. 23. vol. 1. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. part. 3. n. 54. edit. post. & alii:* tamen magna ratio est, cur his etiam magis, quàm ullis aliis, propter promiscuum chirographorum & literarum usum, sit subveniendum, ut rectè docuerunt. *Costa in d. l. 3. fallent. 18. Cod. de non num. pecun. Straccha in tract. de mercatura tit. quomodo in causis mercator. proced. cap. de exception. n. 9. Fachin. d. lib. 2. cap. 86. Matth. Stephani. cent. 3. quæst. 60. Kitzel. d. exeges. de obligat. mutui. c. 8. n. 19. & Petrus Heigius in hoc tit. n. 73.*

42 Præterea competit hæc ἀναγυγία exceptio non debitori solum, sed & ejus heredibus: ita tamen, ut nihil amplius illis detur, quàm reliquum tempus, quod defuncto ad exceptionem supererat. *Exempli gratiâ:* si post chirographum emissum, intra annum decellerit debitor: heredi eadem exceptio competit, sed intra annum duntaxat: quia tantum temporis solummodo relictum erat defuncto ad querimoniam movendam. *l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun.* Si autem tempus legitimum elapsum fuerit: heres, etiam si pupillus sit, debitum solvere compellitur. *d. l. si*

43 *intra. 8. in fine. Cod. eod.* Sed quando tempus istud reliquum heredi cedat, an à die aditæ hereditatis, vel petitiæ bonorum possessionis, an verò à die mortis debitoris, controvertitur? Et posterius mihi magis probatur, *argumento. d. l. in contractibus. 14. in princ. ibi, intra solum biennium continuum Cod. d. tit. & l. ceptam 14. ff. de usurpat. & usu-*

44 *cap. Neq. resistit textus in l. ea, quæ §. §. ult. Cod. de temporib. in integr. restitutionis, &c. ubi traditur: tempus petendæ*

restitutionis in integrum, in quam heres successit, non cedere vel computari, nisi ab aditæ hereditate. *Multum enim interest, utrum quærat de inchoanda præscriptione, an verò de complendâ.* Initium seu inchoatio à certo tempore incipit: quod tempus non cedit heredi, nisi post aditam hereditatem. *d. l. ea, quæ §. §. ult. Cod. eod.* At hoc tempus, de quo hic agitur, tanquam semel ceptum continuatur & progreditur, nec morte debitoris interruptitur: alioquin tempus istud non diceretur continuum. *Ita docent Gloss. Bald. Castrens. & alii in d. l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun. Sichard. ad rubric. Cod. d. tit. n. 10. Angel. in §. idem juris. 2. n. 3. infr. de exceptionib. & Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. n. 49. & seq. edit. ult.*

Non inutiliter & illud dubium hoc loco movetur: *u-45*trum minor 25. annis, qui successit debitori in id tempus, quod restabat, eo tempore finito, adhuc ἀναγυγία exceptione uti possit? Et quidem ipso jure non posse: sed per restitutionem in integrum illum juvari, communiter, & rectè quidem, receptum videtur. *d. l. si intra. 8. Cod. de non num. pecun. & l. unic. Cod. si adversus suæ cap. Glos. in l. fin. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. ubi Cynus n. 4. & Bartol. n. 6.* Licet enim tempus seu præscriptio contra minorem & pupillum currat; is tamen semper in integrum restituitur, nisi contrarium sit expressum, *argum. l. 1. §. 1. ff. de minoribus. 25. annis. Angel. d. §. idem juris. 2. n. 3. vers. advertas infr. de exceptionib. Francisc. de Caldas ad l. si curatorem. in verb. suâ facilitate n. 48. cum seqq. & n. 94. Cod. de in integr. restituit. minor. Zanger. d. cap. 14. n. 51.* Cæterum si 46 minor ipse chirographum dederit: aliud dicendum erit. *l. sancimus. 5. Cod. in quib. caus. in integr. restit. necessaria non est. ubi Justinianus eleganter rescripsit: melius esse, intacta minorum jura servari, quàm post causam vulneratam remedium querere.* Illud quoq; hic querere libet: num cre-47ditor habens chirographum, an verò debitor hanc exceptionem opponens, docere debeat, se esse intra biennium? Sed hoc posterius meritò negatur. *arg. d. l. fin. Cod. in quib. caus. in integr. restitutio, &c.* Sufficit etenim allegare, se chirographum spe futuræ numerationis dedisse: nec pecuniam hætenus numeratam esse, *arg. l. si minorem. 4. Cod. de in integr. restituit. minor. & d. l. si ex cautione. 3. ubi Dd. Cod. de non num. pecun.* Planè hanc exceptionem in judi-48cio, etiam post litem contestatam, opponi posse, certum est: siquidem inter peremptorias refertur, quæ regulariter ad litem usque finitam sive sententiam opponi possunt. *l. præscriptionem 8. Cod. de exceptionib. l. peremptorias 2. Cod. sententiam rescindi non posse, Angel. in d. §. idem juris. 2. num. ult. infr. de exceptionib.*

De renunciatione huius exceptionis non numeratæ pe-49cuniæ sic sentiendum est: quod renunciatio debitoris, in instrumento confessionis posita, nullum habeat effectum: propter identitatem rationis. Quæ enim facilitate & fragilitate quispiam inducitur ad confitendum, eadem inducitur ad renunciandum. *l. si mulier. 22. Cod. ad Senat. cons. Vellejan. l. doli 19. vers. diversum. ff. de novationib. & deleg.* Deinde si renunciatione adimeretur isthæ exceptio debitori: remitteretur creditori dolus futurus: & impunitate eidem propositâ, invitaretur ad peccandum & delinquendum. Nam si pecuniam non numeravit: consequitur hac renunciatione, ut liceat ei postea impunè non numerare, & ita debitorem fraudare. Hujusmodi autem pactionem nullius momenti esse, constat ex *l. si unus. 27. §. illud. 3. ff. de pactis. & l. illud. 5. §. 1. ff. de pactis dotalibus.* Atque ita censent Cynus, Bartol. Bald. Salicet. & Sichardus n. 16. in *d. l. 3. Cod. de non num. pecun. Michael Grass. lib. 2. opinion. commun. cap. 11. quæst. 11. Mascard. in tract. de probationib. vol. 2. conclus. 695. num. 14. Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 10. n. 212. Zanger. d. tract. de exceptionib. cap. 14. num. 71. & seq. part. 3. ed. ult. Hilliger. in Donello enuclear. lib. 14. cap. 37. lit. f. Schneidevvin. hic n. 19 & Heigius num. 58. cum seqq. Kircho. in commun. opin. verb. exceptio. Schickhard. disput. 3. ad Instit. thes. 7. sub lit. b. & in resolut. quæst. 2. Tamen si dissentiant Azo & Accursius in *d. l. 3. C. de non numer. pecun. Hieron. de Cavall. in specul. suo com. opin. quæst. 365. & novissimè Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civil. tract. 6. quæst. 3. & Bachov. in not. & animadvers. ad Treutler. vol. 2. disp. 26. th. §. lit. E. vers. renunciari. pag. 759. & seq.**

Planè

Planè renunciationem debitoris ex intervallo temporis, & post cautionem creditori jam traditam, interpositam (cùm hoc casu deficiat superior ratio) valere, plerique statuunt. *argum. l. Titius. 24. ff. de pignorat. act. ibiq; Bartol. l. Ballista. 32. ff. ad Senatuscons. Trebellian. d. l. si mulier. 22. C. ad SC. Vellejan. Sichardus n. 12. & reliqui Dd. in d. l. 3. C. de non num. pecun. Mascard. d. conclus. 695. n. 15. & alii.* Sed & renunciationem, jurejurando confirmatam, vires suas obtinere, crebrius placuit. *arg. l. 1. & Auth. sacramenta puberum. Cod. si advers. vendit. c. cùm contingat. 28. de jurejurand. c. quamvis. 2. de pact. in 6. Bartol. in l. fin. C. de non numer. pecun. Salicet. in d. l. 3. num. 25. Cod. eod. ib. Eman. Costa fallent. 1. & 9. Felin. in c. si cautio. 14. num. 50. de fide instrument. Coler. Zanger. & Heig. locis præallegatis.* Cùm itaque renunciatio debitoris, adhibito juramento, valeat secundum communioem opinionem: hæc practica traditur à Bartolo in d. l. fin. & Sichardo in d. l. 3. num. ultim. Cod. de non numer. pecun. ut q. iamvis exceptionem eo casu debitor opponere nequeat, sed pecuniam solvere teneatur: attamen eandem summam solutam per conditionem sine causa, vel ob turpem causam, repetere possit. *rot. tit. ff. de condict. sine caus. & tit. ff. de condict. ob turp. vel injust. caus. argumento cap. debitorum. 6. ext. de jurejurand.*

§ 1 Porro cessat hoc exceptionis non numeratæ pecuniæ beneficium, si debitor fidem cautionis vel chirographi quocunque modo agnovisset. *l. cùm fidem 4. ibique Dd. Cod. de non numer. pecun. Mynsinger. hic num. 15. & Rittershus. circa finem. vers. casus, quibus. & c.* Ecquid verò si is, qui chirographo decem se à Titio accepisse fuerit confessus, postea simpliciter quinque solvat, cautionis fidem plenè approbasse videatur, obscurum est? Sed ego negativè decidendum reor: ita ut ratione portionis non numeratæ, adhuc exceptio illa competat. *argum. l. minorem 2. Cod. d. tit. Salicet. in d. l. cùm fidem. 4. Cod. eod. Angel. in prædicto §. idem juris. 2. num. 38. infr. de exceptionib. Sane dictam l. 4. Cod. de non num. pecun. procedere quidam existimant: si debitor, solvens quantitatem aliquam, evidenter referat se ad majorem quantitatem chirographo contentam: cùm aliàs indebitum ille magis solvisse, quàm fidem cautionis agnovisse videatur. Bartol. in d. l. 4. Cod. eod. Jason. in l. qui pecuniam. 30. num. 5. ff. de reb. credit. si cert. pet. Heigius in hoc tit. n. 68. & seq.* Illud quoque non satis clarum & expeditum est: utrum hæc exceptio in ultimâ voluntate locum habeat; putà si testator in testamento confiteatur, se à Titio recepisse certam quantitatem ex causâ mutui, jubeatque ei solvi: num heredes illam nihilominus objicere possint? Quod negandum censeo, *argum. l. unic. Cod. de pecul. ejus, qui libertatem meruit. Gloss. in l. 1. Cod. de fals. caus. adjecta legato. Cyn. & Salicet. in l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. Jason. in d. l. qui pecuniam. 30. n. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. Felin. in d. cap. si cautio. 14. n. 54. de fid. instrum. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 6. n. 5.* Ejusque ratio hæc est: quia etsi falsa sit legati vel debiti causa testamento expressa, tamen in vim fideicommissi resolvitur relictum: quod præsumatur testator, exonerandæ conscientiæ causâ, etiam debita non valida solvi voluisse, vel saltem vera confitendo in peccato mori noluisse; dicique nequeat, spe futuræ numerationis à moribundo emissam confessionem. *l. Lucius. 88. §. quisquis. 10. ff. de legat. 2. Gloss. in d. l. 1. Cod. de fals. caus. adject. Costa in d. l. si ex cautione. 3. fallent. 11. Cynus, Castrens. & alii in d. l. in contractibus. 14. Cod. de non num. pecun. Vasq. de success. creat. lib. 4. §. 9. n. 29. hosque referens Heigius in hoc tit. n. 64.* Præterea confessionem geminatam seu repetitam, si videlicet à principio in instrumento debitor, & post temporis intervallum rursus numerationem confessus fuerit, hujus exceptionis privilegium excludere, non valde ambigitur. *d. l. in contractibus. 14. §. sed quoniam. 1. circa finem. ibiq; Gloss. super verb. penitus. Cod. de non num. pecun. arg. d. l. Ballista. 32. ff. ad SC. Trebellian. l. cùm scimus. 22. C. de agric. & censit. & d. l. cùm fidem. 4. Codic. de non num. pec. & ibidem Cynus in fine. Panormit. in d. c. si cautio. 14. n. ult. de fid. instrum. Matth. de Afflict. decis. 110. in fin. Emanuel Costa in d. l. si ex cautione. 3. fallent. 14. Cod. de non num. pec. Schneidervin. n. 18. & Heigius n. 65. in hoc tit. nostro.* Licet fru-

stra reclament Felinus in d. c. si cautio. 14. n. 56. de fide instrum. & Decius in l. 1. n. 30. Cod. de pactis. Denique exceptio ista vim suam amittit in tutore, qui confessus est, à pupillo suo se mutuo accepisse, ei que debere: ita ut hanc exceptionem opponere non possit. *arg. l. quotiens. 9. §. non tantum 7. ff. de administrat. & peric. tutor.* Facit enim hoc favor pupilli: nec verisimile est, tutorem spe futuræ numerationis confessum esse, qui in manu ac potestate habet pupilli pecuniam. *Jason. in l. singularia. 15. ff. de reb. credit. si cert. pet. n. 21. & ibidem Decius n. 8. Sichard. in d. l. in contractibus. 14. §. sed quoniam. in fine. Cod. de non num. pecun.* qui idem in curatoribus & administratoribus sive prælatis Ecclesiarum obtinere autumat, per l. civitas. 27. ff. de reb. credit. si cert. pet. & auth. hoc jus porrectum. C. de sacrosanct. Eccles.

Tandem exceptio hæc non solum debitorem respicit: sed & creditori tribuitur: quam opponere potest contra apocham sive (uti vocant.) quietantiam, quâ pecuniam sibi solutam esse confitetur. Cæterum non idem cum debitore tempus, sed brevius, triginta nempe dies, habet. *d. l. in contractibus. 14. §. super cæteris. 2. C. de non num. pecun.* Ratio brevittatis temporis in creditore; biennii verò in debitore, varia reddi solet. Tum quia ubi majus periculum intenditur, ibi cautiùs agendum, & magis subveniendum est. *l. 1. §. sed & si quis. 5. vers. nam vel magis. ff. de Carbon. edit. c. ubi periculum 3. de elect. in 6.* Tum quia favorabiliores sunt leges ad liberandum, quàm ad obligandum. *l. Arrianus. 47. ff. de oblig. & actionib.* Tum etiam, quia non præsumit lex, tam facile creditorem, atque debitorem, non factâ numeratione, cautionem talem scripturum. *Heig. hic n. 30.* Tum postremo, quia haud tanta aviditas creditoris est, pecuniam suam recipiendi: quanta debitoris mutuum desiderantis & anhelantis. *Dd. communiter in d. l. in contractibus. 14. §. super cæteris. 2. Cod. de non num. pecun.* Sic autem isthæ exceptio intra triginta dies creditori competit, ut intra hos dies illi potestas fiat querendi, sibi pecuniam solutam non esse. Id si rectè facit, exceptionem efficit perpetuam. *d. l. in contractibus. 14. §. in omni 4. C. eod.* Post illud verò tempus elapsum creditor exceptionem amittit ut omnimodo cautioni suæ stare cogatur, nec possit querelam movere de pecuniâ sibi non solutâ, etiam si onus probandi, pecuniam solutam non esse, in se recipere velit. *d. l. in contractibus. 14. §. super cæteris. in fin. C. d. tit. ibiq; Bald. in princ. Castrens. n. 28. & 29. Salicet. n. 15. & Sichard. n. 5. Wesenbec. consil. 42. n. 28. & 29. vol. 1. & Zanger. d. tract. de exceptionib. part. 3. cap. 14. n. 30. & seqq. edit. post. ubi n. 33. subjicit, contrarium defendere, post Dynum, Emanuelem à Costa in repetitione sæpe allegata l. si ex cautione. 3. §. 6. diff. ult. n. 6. C. de non num. pecun.* Mantissa vice hîc addi potest illa non vulgaris quæstio: si quis receptâ syngraphâ sive quietantiâ, creditori suo integrum debitum solvit: sed quietationem vel amisit, vel se habere ignoravit, à creditore iterum conventus & condemnatus eidem solvit: an repertâ quietatione solutum repetere possit? Et quod debitum solutum per conditionem sine causâ repetere possit, Doctores unanimiter asserunt, *argum. l. si sponsus. 5. §. si uxore 7. in fine. ff. de donationib. inter. vir. & uxor.* Hujusque assertionis hanc assignant rationem: quia per repertam quietantiam reducitur sententia ad non causam, cùm ea lata fuit ex instrumento, quod nullum, & per solutionem factam cassatum fuit. *argum. principii tit. infr. quib. mod. tollit obligatio.* Solutum autem per sententiam repetitur per conditionem sine causâ, quando causa, ex quâ fuit lata sententia, ad non causam reducitur. *Bald. in l. si fullo. 2. ff. de condict. sine caus. & in l. si fidejussor. 29. §. in omnibus. 5. ff. mandati. Specular. lib. 2. part. 3. tit. de execut. sentent. §. postremo 6. n. 7. & seq. Paul. de Castro. consil. 257. incip. in causa, qua vertitur. n. 3. & seq. lib. 2. Jason. in l. Imperatores. 55. n. 12. & seq. ff. de re judicat. Beust. in l. admonendi. 31. ff. de jurejurand. n. 21. & multis seqq.* Quos omnes refert & sequitur Matthias Berlichius decis. 62. n. 4. subjiiciens, n. 6. ita etiam respondisse Jurisconsultos Wittenbergeneses ad consultationem Petri Meinædens, Anno 1616. Enim verò isthæ assertio vera censetur in ipso creditore, qui in dolo fuit, & solutionem vel quietationem factam scivit: eò quia ipse solutionem accepit, per notata Jasonis, in d. l. Imperatores. 35. ff. de re judicat. num. 12. post princ. Idque

Idque adeo procedit: ut, si alia remedia cessarent & deficerent, debitori ad repetitionem soluti, actio de dolo competat, juxta Angel. in l. si sine. 22. §. si procurator. 8. ff. rem ratam haberi. & Paulum de Castro in d. l. Imperatores. 33. ff. de re judicat. num. 31. & seq. Caterum si creditor non est in dolo, puta quia est heres, & non ipse, sed ejus prædecessori fuit solutum: tunc debitori succurritur per restitutionem in integrum, ex clausulâ illâ generali, si qua alia mihi justa causa esse videbitur. l. 1. §. ult. ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. Paul. de Castr. prædicto consil. 257. incip. in causa, quæ vertitur. num. 1. & seqq. per tot. lib. 2. Alexand. consil. 84. incip. in causa vertente. nam. 4. lib. 1. & consil. 69. incip. in causa & lite. num. 4. & seq. lib. 3. Cardinal. Tusch. tom. 7. verb. sententia. conclus. 160. num. 29. & seq. eosq. laudans Berlichius d. decis. 62. num. 8. pag. 136.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU,

TITULUS XXIII.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi: quia neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est. At nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos, qui negocia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negocia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet: cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Omnes obligationes consensum requirunt.
- 3 Cur obligationes ex consensu, consensu contrahi dicantur.
- 4 Obligationes ex consensu quomodo differant à cæteris.
- 5 Prima differentia.
- 6 Contractus ex consensu etiam inter absentes, per epistolam, vel nuntium, perfici possunt.
- 7 Non ipse nuntius contrahere dicitur: sed per nuntium, ut & per epistolam, absentes contrahere intelliguntur.
- 8 Procurator domini personam repræsentat, eiq. acquirit obligationem.
- 9 Secunda differentia.
- 10 Tertia differentia.
- 11 Quamvis contractus hic enumerati consensu fiant: non tamen fieri possunt pactis.
- 12 Num emptio-venditio, locatio conductio, societas & mandatum proprie loquendo sint contractus.
- 13 Cur isti contractus nudo consensu fieri dicantur.
- 14 Intellectus l. traditionibus. 20. C. de pactis.

Obligationibus, quæ re, verbis, & literis ineuntur, discussis: sequitur quarta & postrema species obligationum ex contractu, nempe obligatio, quæ solo consensu fieri dicitur. Et si enim omnes obligationes consensum necessario requirunt. l. 1. §. conventionis. 3. vers. adeo autem. ff. de pact. l. in omnibus rebus. §. 5. & l. in omnibus negociis. §. 7. ff. de obligationib. & actionib. hæ tamen quatuor solæ hic enumeratæ, videlicet emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum, consensu contrahi ideo dicuntur: quia hæ solæ nudâ voluntate, nudovè & solo contrahentium consensu perficiuntur: cum in cæteris tribus contractuum generibus, præter consensum, aliud quid sit necessarium: ut in iis contractibus seu obligationibus, quæ re celebrantur, rei datio sive traditio & numeratio requiritur, de quib. supr. tit. quib. mod. re contrahit. obligat. in stipulatione, præsentia & verba solennia desiderantur, de quâ supr. tit. de verbor. obligat. & seqq. in literarum obligatione, scriptura exigitur, de quâ modo explicatum tit. precedente. Atque hæc una est differentia, quâ hæ obligationes ex consensu secernuntur à cæteris, de quibus titulis superioribus dictum: quod nimirum in superioribus illis non sufficit nudus consensus, sed præter e-

um aliquid amplius requiritur: in his verò solus ac nudus consensus sufficit, l. 2. §. 1. & l. obligamur. §. 2. §. pen. & ult. ff. de obligationib. & actionib. Et quia in iis solus sufficit consensus: etiam inter absentes, per epistolam, vel per nuntium, perfici poterunt, ut docet Justinianus hic in vers. unde inter absentes, &c. & Cajus in d. l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. Est igitur hoc proprium adjunctum horum contractuum, qui consensu fiunt, quod inter absentes quoque per epistolam, vel nuntium perfici possunt. Ipsa tamen obligatio in nuntio personâ non consistit: cum ille ministerium tantummodo ad ipsum contractum præstet, arg. l. & licet. 15. ff. de constit. pecun. Unde non ipse nuntius contrahere dicitur: sed per nuntium, ut & per epistolam, absentes quemadmodum pacisci, sic & contrahere intelliguntur. l. 2. ff. de pactis. Alia ratio & conditio est procuratoris: qui domini personam repræsentat, eique obligationem acquirit. §. ex his itaque. §. supr. tit. per quas person. cuiq. acquirit: & tradit Dn. Collega Bocer. hic num. 15. & seqq. pag. 353. Est & altera inter has & superiores obligationes differentia: quod hæ obligationes seu contractus ex consensu, omnes utrinque sint obligatorii, hoc tit. nostro. in fine. initio. tit. supr. de auctorit. tutor. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & act. l. Labeo. 19. ff. de verb. significat. superiores autem obligationes sive contractus non omnes utroque obligatorii sint; sed quidam tantum ab uno latere: ut mutuum & stipulatio. Nam mutuum accipiens, danti obligatur, non contra. Sic in stipulatione promissor duntaxat stipulatori; stipulator verò promissori non obligatur. Indicatur hic in fine & tertia inter has obligationes, quæ consensu fiunt, & superiores illas differentia: quod hæ omnes sint bonæ fidei: ac idcirco officio judicis ex æquo & bono multa præstentur, de quibus expressè non est inter contrahentes conventum: ut sunt usuræ, fructus, interèsse, & aliæ accessiones: illæ verò non omnes sint bonæ fidei, sed quædam tantum: & quædam sint stricti juris, ut mutuum, stipulatio, nominum sive literarum obligatio; eamque ob causam in iis nihil veniat præstandum, nisi de quo nominatim inter contrahentes actum est & cautum. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. l. quicquid astringenda. 99. ff. de verb. oblig. Illud hic observandum: quod quamvis isti contractus, de quibus in titulis subsequentiis tractatur, consensu fiant: non tamen fieri possint pactis: licet in his etiam consensus versetur. Verbi gratia: emptio-venditio contrahitur consensu: non autem pacto de vendendo: adeoque non sufficit de vendendo in futurum concepta conventio. Aliud quippe est venditio: aliud promissio, sive pactum de vendendo: ut post Hartmannum Hartmanni ab Eppingen. miscellan. ex iur. civ. cap. 1. obs. 2. num. 1. & Antoninum Tessaur. decis. 233. num. 9 à se citatos. annotavit Rittershufius hic in fine, & D. Martinus Rümelin. exercitar. 15. ad Institut. th. 2. ad lit. a. p. 130 Idque diffusius, more suo, explicat Tiraquellus, de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. l. 2. n. 41. & seq.

In quæstionem vocari hoc loco & illud poterit: numquid emptio-venditio, locatio-conductio, societas & mandatum, sint proprie loquendo contractus? Quod licet neget Giphanius ad l. jurisgentium. 7. §. sed cum nulla. 4. ff. de pact. ubi ait, hos contractus, qui consensu constant, nihil esse aliud, quam nuda pacta; tantumque nomine differre, quod nuda scilicet pacta nullum habeant nomen; hi contractus habeant: nos tamen illud affirmamus, moti non solum hoc titulo, sed omnibus textibus illis, in quibus hi contractus ex consensu dicuntur contractus. Nec obest quidquam, quod hi contractus passim nudo consensu fieri dicantur, hic & d. l. 2. ff. de oblig. & action. l. qui ad certum. ibi, sed nudo consensu convalescunt ff. locati conducti. l. quod si nolit. 31. §. illud 18. ff. de adilit. edict. l. prout. 80. ff. de solut. & liberat. l. nihil tam naturale. 35. ibi, nudi consensus obligatio. ff. de reg. jur. Nam non ideo isti contractus dicuntur fieri nudo consensu, quod nullum habeant in se negocium: sed quia (ut Justinianus hic loquitur, & Cajus in d. l. 2. ff. de obligat. & action.) neque scripturâ, neque præsentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio.

Habere

Habere autem contractus istos in se negotium, non dubium est, & constat ex traditis per Vultejum ad principium t. *supr. de obligationib. n. 33. & sequentib.*

- 14 Similiter non obstat l. *traditionibus. 20. C. de pact. ubi nudis pactis* (hoc est, contractibus, qui nudo consensu fiunt) non dicuntur transferri dominia rerum. Etenim in ista lege nuda pacta dicuntur illa, quæ à traditione sunt nuda: siquidem Impp. Diocletian. & Maximianus pacta nuda traditionibus perspicue opponunt, arg. l. 1. in princ. ff. *de pignorat. act. & §. interdum. 44. supr. de rer. divisione, &c.* Non igitur nuda pacta ibi dicuntur, quæ nuda sunt à causa seu negotio: quemadmodum opinatur Giphanius loco citato. Eamque rem noviter explicatius persequitur Erasmus Unger. *exercit. justin. 12. quest. 1. pag. 438. edit. ult.*

DE EMPTIONE ET VENDITIONE,

TITULUS XXIV.

Principium Tit.

Emptio & venditio contrahitur, simulatque de precio convenerit: quamvis nondum precium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scripturâ consistunt, obtinere oportet. Nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scripturâ conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propriâ contrahentium; vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsequuto; siue in scriptis, siue sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor; perdit, quod dedit: si verò venditor; duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est.

SUMMARIA.

- 1 Emptionis & venditionis etymon, & significatio: ejusque contra Grammaticistas defensio.
- 2 Quid emptionis verbo contineatur.
- 3 Contractus hujus quot sint partes.
- 4 Origo emptionis & venditionis.
- 5 An, & quæ emptio sit antiquior permutatione.
- 6 Emptio-venditio definitur.
- 7 Eam esse contractum juris gentium, ostenditur.
- 8 Nummus primâ hominum ætate incognitus.
- 9 Ad appellationem juris gentium quid requiratur.
- 10 Sententia l. fin. C. de veteris numismat. potest. & l. fin. Cod. de falsi. monet.
- 11 Nummi inventio ad quod jus referenda.
- 12 Emptio-venditio cur sit contractus nominatus.
- 13 Seneca l. Labeo scribit. 50. ff. de contrah. empt.
- 14 Contractus bona fidei & stricti juris, cur ita dicantur.
- 15 Emptio-venditio solo consensu perficitur.
- 16 Actio empti & venditi quando nascatur.
- 17 Consideratio l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.
- 18 Error in corpore, vel in precio, vel in materiâ seu substantiâ officit emptioni.
- 19 Non item in pignore & stipulatione.

- 20 Error nominis, aut qualitatis, & in accessionibus, an & quatenus vitiet hunc contractum.
- 21 Ambigua conventio adversus eum, qui potuit legem contractui apertiore dicere, interpretanda.
- 22 Cujacii erronea sententia confutatur.
- 23 Correctio legum odiosa, ac propterea vitanda.
- 24 Quod unilegi deest, ex aliâ supplendum.
- 25 Cur in iudiciis ambigua intentio semper pro actore, contra reum, explicetur.
- 26 Exponitur l. si mihi & Titio. 110. §. ult. ff. de verb. obligat.
- 27 Nomine rei, sine quâ emptio non intelligitur, quid contineatur.
- 28 Intellectus l. ex empto. 11. §. fin. & l. si iactum. 12. ff. de actionib. empt. & num. 57.
- 29 Venditor tradere, non dare mercem emptori tenetur.
- 30 Quando venditor faciat emptorem dominum mercis.
- 31 De evictione quatenus teneatur venditor.
- 32 In mora quando quis constituatur.
- 33 Num venditor precise cogatur ad tradendum, an verò interesse præstando liberetur.
- 34 Donatori necessitas tradendi rem donatam absolute incumbit.
- 35 Verbum (oportere) precisam necessitatem importat.
- 36 Verba (omnino, omnimodo, precise & similia,) cur pragnantia dicantur.
- 37 Restituere condemnatus, precise restituere cogitur.
- 38 In uno correlativorum dispositum, & in alio dispositum videtur.
- 39 Res eadem duobus an & quatenus citra falsi crimen vendi possit.
- 40 Nemini suus dolus patrocinari debet.
- 41 Alteri per alterum iniqua conditio non est inferenda.
- 42 Aliud pro alio invito creditori non solvitur.
- 43 Malignandi occasio vitanda.
- 44 Pacta & conventiones servanda.
- 45 Venditor cogitur implere venditionem.
- 46 Quod expresse fieri non potest, id multò minus tacite recipitur.
- 47 Dominus ad feudum tradendum vasallo compelli potest.
- 48 Argumentum à contrario sensu quando procedat.
- 49 Mens & sententia l. 1. in princ. ff. de actionib. empt.
- 50 Interpretatio qua sit recipienda.
- 51 Consideratio l. ex empto. 11. §. 9. de action. empt. & l. contractus. 17. C. de fid. instrum. & num. 94.
- 52 Expositio l. vinum. 22. ff. de reb. credit.
- 53 Explicatio l. si traditio. 4. C. de actionibus empti.
- 54 Consideratio l. si ita distrahat. 25. §. 1. ff. de contrah. empt.
- 55 Consideratio l. si in venditione. 60. ff. de evictionib.
- 56 Re emptâ evictâ, ad quid venditor emptori teneatur.
- 57 Explanatio l. si iactum. 12. ff. de actionib. empt.
- 58 Quibus ex causis juratur in litem, in iis interesse præstando liberamur.
- 59 Iurijurando in litem quando sit locus.
- 60 Sua rei emptio non valet.
- 61 In facti obligationibus, post moram obligatio ad interesse succedit. Item intellectus l. 72. & 75. §. 6. 7. ff. de verb. obligat. Item an & quatenus promissor ex pacto de retro vendendo precise revendere teneatur.
- 62 Enodatur textus in tit. 7. §. ult. lib. 2. feudor.
- 63 Fructus feudi ad vasallum pertinent.
- 64 Sine precio emptio & venditio nulla est.
- 65 An uno nummo emptio contrahatur.
- 66 Intellectus l. 1. §. Divi fratres. 6. ff. de questionib.
- 67 Consideratio l. & qui sub. 10. C. de distract. pignor.
- 68 Sententia l. si usus fructus. 66. ff. de jure dot.
- 69 Quis actus imaginaria venditionis interveni celebrari consueverint.
- 70 Precium certum quodnam censeatur.
- 71 Precium in hoc emptionis contractu, in pecuniâ numeratâ consistere debet.
- 72 Emptor nummos venditoris facere tenetur.
- 73 Cur emptor nummos dare; venditor verò rem tantum tradere non cesse habeat.
- 74 Quæ substantialibus non differunt, an & quatenus inter se non differant.
- 75 Finis cuiusque rei precipue spectandus.
- 76 Merces in locatione, in quavis re fungibili consistere potest.
- 77 Insinuatio ad emptionis contractum necessaria iure Würtembergico.
- 78 Emptio solâ precii conventionem perficitur.
- 79 Mutuum numerationem desiderat.
- 80 Qualis consensus in emptione & venditione exigatur.
- 81 Arrha quid, & unde deducatur.
- 82 In quibus negociis, & à quibus arrha dari soleat.
- 83 Arrharum nomine quid detur.
- 84 Emptio in scriptis quid requiratur.
- 85 Emptio tam sine, quam in scriptis, quomodo perficiatur.
- 86 Paria sunt, vel manu propriâ scribere instrumentum, vel se ei subscribere.
- 87 Quocasu subscribens sibi aquo præjudicat, ac si totum instrumentum scripsisset.
- 88 An & quatenus instrumentum emptionis probet, si precium in eo non exprimat.
- 89 Instrumenta, in quibus precii & numerationis in genere fit mentio, contra quem fidem faciant.
- 90 Emptor

- 90 Emptor & sponfus quando arrhas datas amittant.
 91 Verum emptione perfecta, arrharum dispendium, earumve duplicatarum restitutio illam annihilat.
 92 Ab emptione perfecta, alterutro contrahentium invito, recedere non licet, ne quidem Principis rescritto.
 93 Ad augendum inducitur diminutionem operari non debet.
 94 Verus intellectus principii huius tit. vers. donec enim, &c. & l. contractus. 17. C. de fide instrumentor.
 95 Arrha an & quatenus sint argumentum emptionis contracta.
 96 Militari beneficio non renunciat, qui iure communi testatur.
 97 Arrha quando venditori in precium imputatur, quâ item actione repetatur.
 98 An & quando furiosus hunc emptionis contractum celebrare possit.
 99 Furiosus in dubio perseverare in furore praesumitur.
 100 Quid inspiciendum, si dubitatur, utrum actus à furioso sit gestus tempore furoris, an intermissionis eius.
 101 Explicatur l. 2. §. voluntatem. ff. solus. matrimon.
 102 Pater filiae, in potestate constituta, est loco curatoris.
 103 Filius & servus sine patris & domini iussu, hereditatem adire nequeunt.
 104 Sententia l. in eo. iure. 45. §. 5. ff. de ritu nupt.
 105 Consensus nihil tam contrarium est, quam error.
 106 Obligatio naturalis ex nudo consensu perficitur.
 107 Obligatio alia ex re ipsa inducitur: alia ex consensu oritur.
 108 Intellectus l. Marcellus. 25. ff. de fidejussorib.
 109 Nemo invitus vendere vel emere cogitur.
 110 Exponitur l. si cui legatur. 49. §. pen. & ult. item l. & si a quo precio. 66. ff. de legat. 1.
 111 An & quatenus teneatur heres rem aliquâ emere vel vendere.
 112 Heres ad eundem contrahere videtur.
 113 Exponitur l. communis. 7. §. ult. ff. commun. divid. & l. Iulianus. 13. §. idem Celsus. 17. ff. de actionib. empt.
 114 Communio inter discordiarum.
 115 Emptor ad quâ intelligatur obligatus.
 116 Princeps quatenus dicatur totius mundi dominus.
 117 Enarratio l. 2. C. de communium rer. alienat.
 118 Rem suam iustâ ex causa quis vendere compelli potest.
 119 Explicatio l. 1. C. de episcopali audient.
 120 An tempore necessitatis quispiam cogi possit rem vendere, etiam minus iusto precio.
 121 Nunquid venditio, inter medicum & agrotum periculosi morbi tempore contracta, valeat. (eri potest.)
 122 Inter advocatum & clientem, durante lite, nullus contractus fit.
 123 Actum facit nullum, qui facit contra legem prohibentem.
 124 Emptio-venditio inter patrem & filium familiæ regulariter contrahi nequit: ejusq. ratio.
 125 Inter tutorem & pupillum, itemq. curatorem & adolescentem quatenus iste contractus iniri possit.
 126 Tutori vel curatori rem pupilli aut adolescentis immobilem, sine decreto iudicis, vendere non licet.
 127 Quatenus procurator rem ipsius domini vendere valeat.
 128 Administrans provinciam, an aliquid à provincialibus emere
 129 Quæ persona emere & vendere possit, remissive. (queat.)

Primus & præcipuus contractus, qui solo perficitur consensu, est emptio & venditio. Vendo, dictum quasi venum do, n & m, literis abjectis, auctore Apulejo, quem refert & sequitur hic in rubric. Wesenb. n. 1. & Stuckius p. 1. exercit. Justin. decad. 12. assert. 1. ad lit. b. ut sit vendere, quasi venum dare; id est, facere, ut ab eo, qui tradit, aut traditurus est, res exeat, & veniat ad eum, cui traditur: unde res, quæ traditur, dicitur venum ire; & contractus sive uno verbo, venire. Hinc venditor, qui rem pro pecuniâ tradit: hincque huius factum, venditio. Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. 20. Emo autem deductum putatur à Græco, ἐμω (unde & ἐμωσις, id est, mercator; & ἐμωσιον, id est, forum, sive locus, ubi merces venduntur) ut sit quasi è tuo meum facio. Hinc emptor dicitur, qui precium sive pecuniâ dat pro re; & huius factum, emptio. Forster. junior. lib. 3. tractationum, Justin. Disput. 18. th. 1. Cui contradicit Wegnerus disput. 12. ad Instit. th. 1. lit. c. Cæterum istam nominis notationem ineptam esse dicit Dn. Collega Bocerius hic n. § 3. pag. 371. & rectius statuit, hoc nomen primitivum esse. O profundam Bocerii scientiam! Quis nostrum unquam animadvertisset, hoc verbum, emo, esse primitivum; nisi Bocerius, ridiculâ metamorphosi ex Jurisconsulto Grammaticus factus, id nos docuisset? Ita quoque Laurentius Valla, homo Grammaticus, alicubi ridet nominis, testamentum, notationem: quâ Imperator noster Justinianus testamentum ex eo appellari inquit, quod sit testatio mentis. initio tit. supr. de testament. ordinand. Quid enim hic (ait) mentum facit? Non sanè magis quidquam, quam in calceamento,

spiramento. medicamento, &c. Verum ejuscemodi animadversiones dignæ quidem sunt hominibus Grammaticis: at Jurisconsultis, qui Grammaticorum regulis non inhaerent, sed in exquirendis nominum originibus licentiores sunt, omnino indignæ: ut in simili respondet Arumæus, exercitat. Justin. 7. thes. 1. Vicerit ergo Dominus Collega Bocerius in Scholâ Grammaticarum, ubi ineptiarum plena sunt omnia: ast in Scholâ Jurisconsultorum, ubi istiusmodi vocabulorum, magistri haud ita dominantur, non item. Enim verò emere apud antiquos idem esse, quod accipere & sumere, seu acquirere sibi, & comparare, scribit Festus lib. 1. post initium. lib. §. initio. & lib. 16. id quod probat etiam Horatius:

— Nocet emptæ dolore voluptas.

Ideoque lex XII. tab. omnem alienationem & acquisitionem, emptionis verbo complexi videbatur. l. statuliberi. 29. circa finem. ff. de statuliber. l. sicut. 8. §. venditionis. 11. ubi Gloss. in verb. generaliter. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. sciendum. 19. §. deinde §. ibique Gothofred. ff. de adilit. edict. Anton. de Burgos. ad rubric. tit. ext. de empt. & vendit. n. 19. cum seqq. Tiraquell. de retract. lignagier. §. 1. gloss. 2. n. 1. Mozzius in tract. de empt. & vendit. in pr. n. 26. & seqq. Fabian. de Mont. in tr. de empt. & vend. q. 2. princ. Eteâ de re, post magnum Doctorum diversimodè sententiarum catalogum, quem exhibet, prolixè & accuratè differtat Pinelus in l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. c. 1. n. 10. cum seqq. Sarmientus lib. 3. selectar. interpretat. c. 2. n. 13. & seqq. Robertus lib. 1. animadversion. jur. civil. c. 8. Anton. Mercat. in notat. ad animadvers. lib. 1. cap. 8. Bronchorst. cent. 2. in art. 10 par. 1. assert. 61. edit. 2. Petr. Augustin. Morla in emporio jur. part. 1. t. 9. in premis. n. 8. & 28. cum aliquot seqq. & recentissimo Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 2. pag. 113. & seqq. Sed hoc in titulo, sicuti & alias plerunque, vocabulum emptionis in tam latâ significatione non accipitur: sed pro certâ atque distinctâ contractus specie ponitur: eoque sensu Ulpianus ostendit, emptum ita distare à parato, ut speciem à genere. l. si quid earum. 47. §. 1. ff. de legat. 3. Wesenb. hic in rubric. d. n. 1. Anson. Popma. lib. 2. de different. verb. in verbo, emere, &c. Et ejus contractus partes duæ perhibentur: una est, venditio: altera, emptio. l. 1. §. 1. in fin. ibi, aliud est vendere, aliud emere. l. nec emptio. 8. in princ. ibi, nec emptio, nec venditio. l. alioquin. 11. in fin. ibi, nulla emptio, nulla venditio est. l. rem alienam. 28. ibi, emptio est & venditio. ff. de contrah. empt. Atque idem ex eo perspicuum est, quod alia emptori, alia venditori competat actio. §. 1. vers. emptore quidem, &c. hoc t. rubric. ff. & C. de actionib. empti & vendit. Am. Faber. lib. 6. conject. jur. civil. c. 9. huncq. citans D. Collega Bocer. cl. 2. Disp. 3. th. 9. lit. B. edit. 2. & in hoc tit. n. § 4. pag. 372. Tametsi dubium non sit ullum, quin nomine venditionis, ut & nomine emptionis, totus contractus significetur: & utriusque nominis appellatio frequentius confundatur: adeoque alterum pro altero, vel potius pro utroque sumatur & usurpetur. l. 2. ff. de contrah. empt. l. Iulianus. 13. §. si procurator. 25. in fin. & l. veteres. 19. ff. de act. empt. & vendit. l. sed hoc nomine. 26. & l. si cum venditor. 66. §. 2. ff. de evictionib. l. unic. vers. si itaque C. si servus extero se emi mandaverit. & similib. Connan. lib. 7. Commentarior. jur. civil. c. 6. n. 2. Donell. d. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 1. pag. 131. n. § 0. ibiq. Hilligerus in suis notat. ad lit. C. Vultejus lib. 1. jurispr. Rom. c. 35. n. 5. & in hoc princip. n. 3. Treutler. Disput. 28. th. 1. sub lit. A. volum. 1. ibique Reinhardus Bachovius in suis not. pag. 1041. Mudæus ad rubric. t. ff. de contrah. empt. n. 8. Kubach. cent. 2. question. illustr. politico-jur. id. decur. 2. q. 3.

Cæterum origo emendi vendendique à permutationibus cæpit, teste Paulo in l. 1. in pr. ff. de contrah. empt. Unde non incitè permutatio emptioni vicina, huiusque vicem obtinere dicitur. l. fin. ff. de rer. permutat. & l. 2. Cod. eod. quamvis aliis, usu nummi nondum invento cum emptione & venditione eadem fuerit. Itaque vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. §. item precium infra hoc t. Ex quo proba-

probabiliter concludi posse videtur, emptionis & venditionis contractum esse ipsâ permutatione vetustiorē: propterea quod genus specie suâ prius esse constet. Quod sane pronuntiatio Paulino in d.l. 1. in pr. ff. de contrah. empt. omnino adversatur; neque ambigitur, quin homines prius permutarint, quàm moneta facta fuerit. De primâ enim monetâ habetur in sacrâ Scripturâ, quod Abraham quadringentos siclos argenti, probatâ monetâ publicâ, dedit pro agro, Genes. c. 23. v. 15. 16. 17. Verum ad hoc eleganter respondet D. Vultejus hic num. 6. aliud videlicet esse, loqui de emptione speciali, & aliud, de emptione generali. Illa fuit permutatione posterior, de quâ noster futurus est sermo: hæc verò est permutatione antiquior: quia veteres permutationem rerum etiam appellitarunt venditionem. Hinc Esau fratri suo Jacobo primogenituram vendidisse dicitur, pro pane & lentis edulio. Genes. 25. v. 31. & seqq. qui tamen contractus non fuit emptio specialis, quoniam nullum precium intervenit: sed permutatio, quæ emptio generalis est: cum emptio specialis non sit mutatio rei cum re, sed pecuniæ cum re. Nam permutationes istæ omnes olim emptionis & venditionis nomine comprehendebantur. d. §. item precium in fr. hoc t. Eiusque opinionis fuerunt Sabinus & Cassius, non spernendæ auctoritatis Jurisconsulti: à quibus dissenferunt Proculus & Nerva, secundum quorum sententiam permutatio, & emptio specialis, factæ sunt duæ species emptionis generalis. Etenim reperto percussioq; nummo, & materiâ electâ, cuius publica & perpetua æstimatio difficultatibus permutationum, æqualitate quantitatis, subveniret: cœpta est distingui permutatio ab emptione & venditione; ita, ut permutatio utrinq; fieret rebus, emptio non utrinque rebus, sed ex unâ parte re, ex alterâ precio interveniente. d. l. 1. ff. de contrah. empt. & l. 1. ff. de rer. permut. & id latius deducetur in §. 2. in fr. hoc tit.

6 In isthoc ergo stricto significato non incommode definitur emptio & venditio contractus, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de re siue merce emptori tradendâ, & precio certo nummario venditori dando. Hancq; definitionem noviter amplectitur Philippus Knipschildt exercit. Acad. 8. th. 4. pag. 274. nec non Christophorus Philippus Richter in tract. de contractib. disp. 9. th. 1. pag. 230. Hunc contractum juris gentium esse, disertè dicitur in d. l. 1. in fine. ff. de contrah. empt. l. ex hoc jure. §. ff. de just. & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. jus autem gentium. supr. de jure nat. gent. & civ. Cui non contradicit textus in §. vendita. 41. sup. de rer. divis. ubi dicitur, quod de venditione cautum sit lege 12. tabular. ac proinde innuitur, venditionem esse juris civilis. Nam multa legibus caventur de contractibus, quæ tamen ex jure gentium fluunt, arg. l. 1. ff. locati. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. Wesenbec. ad d. §. vendita. sup. de rer. divis. num. 2. Nec si quid lege 12. tab. comprehensum est, id continuo juris gentium non est. Hotoman. in d. §. vendita. enunciat. 31. Ideo Justinianus in d. §. 41. subjicit: tamen rectè dicitur, & jure gentium id effici. Sanè interdum jus civile dicitur, quicquid civibus Romanis placuit. l. jus civile. 6. ff. de justit. & jur. Baro ad d. §. 41. huncque referens Fomannus Disp. 22. th. 7. ad lit. a.

3 Neque etiam obstat, quod pecunia siue nummus signatus, sine quo venditio esse non potest, primâ hominum ætate incognitus fuerit, ut evincit d. l. 1. in pr. ibi, olim enim non ita erat nummus. ff. de contrah. empt. ibique Budaus. Aristot. lib. 5. Ethic. §. 1. Politicor. c. 6. Forcatul. Necymantia Dialog. 48. n. 3. Plinius lib. 33. natural. histor. c. 3. Vergilius Polydorus de invent. rer. lib. 2. c. 20. Molin. in tractat. commercior. quest. 100. n. 795. Covarruv. de veterum collatione numismatum c. 1 in princ. aliq; ab his relati. Jus autem gentium cum ipso genere humano proditum; testetur Cajus in l. 1. in princ. ff. de acquir. rer. domin. & confirmet Justinianus in §. singulorum. 11. supr. de rer. divis. Respondetur enim; ad hoc, ut aliquid dicatur juris gentium esse, non necessariò exigì, ut ab initio cum ipsis hominibus extiterit; sed satis esse, si postea fuerit inventum, dummodo ratio naturalis illud dictaverit servari oportere, & ab omnibus gentibus recipiatur, & unanimiter approbetur, ut colligitur ex §. jus autem civile, vers. quod verò naturalis. sup. de jur. nat. gent. & civ. ubi Justinianus ad ap-

pellationem juris gentium solummodo rationem naturalem, omniumq; gentium approbationem; nequaquam verò temporis, reive antiquitatem requirit. Unde cum ratio naturalis omnibus gentibus dictet, valde expedire emptiones, utpote humanæ societati perquam necessarias, ut patet ex d. l. 1. ff. de contrah. empt. eaq; ab omnibus concordanti sententiâ & judicio approbatæ fuerint: manifestum efficitur, hunc emptionis contractum juri gentium acceptum esse ferendum. Sed & in d. l. 1. ff. de acquir. rer. domin. & d. §. singulorum. ff. de rer. divis. non dicitur, quod omnia, quæ juri gentium connumerantur, cum genere humano inventa fuerint; sed hoc tantum habetur, quod jus gentium cum ipso genere humano fuerit proditum. Et rectè quidem. Nam statim cum ipsis hominibus creatam fuisse rationem naturalem, certum est: quæ dictavit aliquid fieri; idque ab omnibus custoditum fuit & consequenter statim fuit jus gentium, quod nihil aliud est, quàm naturalis ratio, omniumque hominum approbatio. d. §. jus autem civile vers. quod verò naturalis. ff. de tit.

Præterea nihil moverit l. final. C. de veteris numismatis potest. & l. fin. C. de falsa monet. ex quibus probari posse videtur, ipsam monetam siue nummum esse juris civilis inventum. Etenim leges istæ hoc tantum cavent & prohibent, ne hodie moneta siue nummus sine licentiâ Principis impunè cudi formarique possit: idque ex instituto civili esse non negatur: interim verò nihil impedit, quo minus nummi inventio ad jus gentium secundarium (quod vocant) referatur. Omnes quippe omnino gentes nummo utuntur ad celebrandum emptionis contractum, sicuti antea permutatione utebantur. d. l. 1. ff. de contrah. empt. ibiq; Barzolaus n. 2. Bald. & Salicetus, ibidemq; Mudans in §. est autem emptio. n. 2. Aristot. d. lib. 1. Politic. cap. 8. Knichen. de provoc. Saxon. jur. c. 5. n. 350. Nicol. Reus. lib. 3. consil. 7. n. 3 cum seqq. Molin. de usur. quest. 92. n. 9. Anton. Hanffmannus in resol. de re monetaria resol. 3. ad lit. c. pulchre Pinelus ad rubr. C. de rescind. vendit. part. 1. c. 1. n. 15. Connan. lib. 1. Commentar. jur. civil. cap. 5. n. 8. Anton. de Burgos. in d. rubric. tit. ext. de empt. & vendit. n. 12. cum seqq. Hotoman. in lib. de re nummariâ cap. de varia nummi appellat. in princ. pag. 32. Andreas Dinner. de monetæ mutatione disput. 1. thes. 2. Fabian. de Monte d. tract. de empt. & vendit. quest. 1. princip. n. 5. Mozz. d. tract. de empt. & vendit. in princ. n. 22. cum seqq. Pet. August. Morla in tempor. jur. d. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 27. Treutler. d. vol. 1. disp. 28. th. 1. lit. D. ibiq; Bachovius in suis not. pag. 1044. item Hunnius ibidem quest. 3. pag. 115. & seq. Tamen si non desint, qui nummos siue pecuniam à jure civili inductam esse contendunt. Forcatul. prædicto Dialog. 48. n. 2. Cujac. in Comment. in lib. 33. Pauli ad edictum. pag. 144. & alii. Quorum opinionem si quis forsan exercitii gratiâ defendere desideret; cognoscere poterit ea, quæ novissimè tradidisse comperi D. Collegam Bocerum in tract. de monetis. cap. 1. Porro de primâ monetâ siue nummi inventionem plura notatu per digna affert Johan. Mathesius in sua Sa-reptâ oder Bergpostill concio. 14. fol. 225. & seqq.

Sequitur in definitione, nominatus. Quia elegans, certum ac speciale, alteri minimè conveniens, nomen iste contractus habet. Neque enim nomen hoc, venditio, locationi congruit, nec è converso. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. item emptio. 2. ff. de rer. permutat. Mozz. in tr. de contractib. art. 4. n. 11. Hucque referantur, quæ annotavimus ad §. adeo autem infra tit. proximo. n. 44. & seqq. Nihil huic resistit l. Labeo scribit. §. 1. ff. de contrah. empt. 13 ubi Labeo disertè respondit, non esse dubitandum, quin præscriptis verbis (quæ actio ex contractibus innominatis nascitur. l. 1. l. naturalis §. & tot. 1. ff. de præscript. verb. & c. Oldendorp. clas. 4. act. 40. Bronchorst. cent. 2. c. 2. p. 10. assert. 69. ed. 2.) ex venditione agi possit. Nam Ulpianus illic refert Labeonis sententiam, qui putavit, propter conditionem, à quâ emptio pendebat, non impletam, cum impleri posset ab emptore, dandam esse actionem præscriptis verbis: interim tamen non inficiatur, etiam actionem ex vendito locum habere, emptione perfectâ: imò id ipsum aperte Ulpianus ex suâ sententia subjicit, in vers. ego, etiam ex vendito, & c.

14 Dico in definitione, *bonae fidei*. Quoniam in emptione naturalis ratio ipsa bonam fidem & aequitatem summam postulat. l. 1. §. 1. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionibus empt. l. bona fides 31. ff. de deposit. indeque hic contractus distinguitur à contractibus stricti juris. §. actionum. 28. infra de actionibus. Dicuntur quippe contractus bonae fidei; non quod alii contractus sint malae fidei; cum in omnibus contractibus bona fides requiratur. l. bonam fidem. 4. C. de obligat. & act. sed quod in horum contractuum actione siue iudicio fiat condemnatio ex bona fide, id est, ex bono & aequo, etiam ultra id, de quo in ipsa conventionione expressè ac nominatim fuit actum. §. conductor autem. infra s. proximo l. sed Celsus. 6. §. 1. v. in emptis & venditis. ff. de contrah. empt. l. quia tantundem. 7. ff. de negot. gest. Stricti verò juris contractus sunt, quorum in actione strictè fit condemnatio de iis tantum, de quibus in ipsa conventionione nominatim dictum fuit. d. l. quia tantundem. 7. ff. eod. l. si ita stipulatus. 125. §. Chrysogonus. vers. plerumque enim. ff. de verb. obligat. & explicatius docui in d. §. actionum. 28. infra de actionibus. num. 5. 6. 12. & seqq. Porro Dn. Collega Bocerushic num. 7. & 8. pag. 367. chorda eadem oberrat, eandemque repetit & renovat cantilenam, quam supra secinit, ad §. praeterea. 3. quib. mod. re contrahitur obligat. num. 5. pag. 192. sicut & infra ad tit. de locat. & conduct. n. 14. pag. 403. ubi in definitione depositi, item emptionis-venditionis, locationis-conductionis, & similium contractuum inconsideratè & superflue apposita dixit illa verba; *nominatum, juris gentium, bona fidei. &c.* Verum quoniam supra ad d. §. praeterea. 3. Quibus mod. re contrahitur obligat. num. 8. ei satis occinimus; & aliàs quoque Citharædus

15 Ridetur, chorda qui semper oberrat eadem: ideo neutiquam operæ precium esse putamus, diutius in diluendis hisce ineptiis immorari.

Ajo, solo consensu initum. Idque ad differentiam contractuum, qui non solo consensu, sed re, verbis, & literis perficiuntur, de quibus expositum est supra hoc lib. 3. tit. 15. 16. & tit. 2. 2. Emptionem autem nudo ac solo consensu, sine rei traditione, vel verborum solennitate, aut scripturâ perfici, luculenter constat ex d. l. 1. in fine. & l. in venditionibus. 9. in princ. ff. de contrah. empt. l. 2. in princ. & l. in quibuscunq. 48. ff. de obligat. & actionibus. initio tit. s. de obligat. ex consens. & l. 2. C. de contrah. empt. Martin. Bonacina in tract. de contractibus & reitut. disp. 3. quest. 2. punct. 1. n. 4. pag. 380. Nec movet quicquam in contrarium, quod actio empti & venditi non nascitur, prius quam res sit tradita, aut precium solutum. l. Julianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionibus empt. Nam nascitur quidem actio ex emptione-venditione, etiam ante traditionem rei, & solutionem precii: sed illa exceptione eliditur, per textum in l. qui pendentem 25. ff. eod. Ideoq; quod dicitur in d. l. 13. §. 8. nondum esse actionem, intelligi debet, ratione ipsius effectus: ut videlicet ante rem traditam & precium solutum nondum sit actio, quæ plenum effectum sortiatur, quæq; nullâ ratione everti aut elidi queat. Paria quippe censentur; non habere actionem, & actionem habere, quæ exceptione elidatur & evertatur, arg. d. l. qui pendentem. 25. ff. d. tit. Nihil quoque resistit l. 2. C. de periculo & commodorei vend. ubi emptio-venditio vini dicitur imperfecta ante traditionem & admensurationem vini; ac proinde solo consensu emptio-venditio non perficitur. Committitur enim fallacia causæ. Illic namque ante vini admensurationem emptio-venditio imperfecta dicitur, non quod solo consensu non perficiatur, sed ad sui perfectionem rei traditionem desideret: verum idcirco, quia vino ad mensuram vendito, intelligitur vinum non solum sub conditione venditum; sed etiam nullum certum vinum venditum. Adjicitur siquidem mensura, ut appareat, quantum postea veneat. l. si in emptione. 34. §. alia causa. 5. ff. de contrah. empt. Quare priusquam vinum admensum sit: non potest dici, quid venierit. Et consequenter emptio-venditio nondum perfecta est: cum inter contrahentes, emptorem & venditorem, de re non convenerit. Ita tradit Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tractat. 7. part. 1. quest. 1. pag. 1070. & in resolut. ad vol. 2. Treutler. disp. 2. thes. 1. quest. 4. pag. 117.

Et quidem adeo hoc in contractu necessariusest consensus: ut, si contrahentes vel in corpore, vel in precio, vel in substantiâ seu materiâ dissentiant, contractus sit nullus, d. l. in venditionibus. 9. in princ. & §. inde queritur 2. cum l. seqq. ff. de contrah. empt. Nisi merx quid habeat materiâ, in quam consensum sit; ut si æs, quod ejusdem penè est cum auro materiâ, mixtum auro, vel inauratum pro auro vendatur. l. quid tamen. 14. ff. eod. At si planè alia materia sit, quam de quâ dictum est, non valere venditionem, palam est: putâ, si mensa argento cooperta pro solidâ veneat. Nihil enim commune habet æs vel lignum mensa cum argento, nec eadem est horum sola, neque operimentum pars est materiâ (ut nec vestimentum corporis) hoc est, mensa, quam argenteam præstari convenit. l. cum ab eo. 41. §. fin. ff. d. tit. ibiq. Wesenbec. in parat. n. 5. & 6. Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutleri disp. 28. th. 7. lit. E. pag. 1077. Prædictis non adversatur, quod error in substantiâ vel materiâ stipulationem non vitiat, nec etiam pignus. l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. oblig. l. 1. §. ult. ff. de pignorat. act. l. cum as pignori. 20. in princ. ff. de furt. Namque inter stipulationem & pignus, & inter emptionem differentia constituenda est. Si, per errorem pignore accepto, vel in stipulationem deducto ære pro auro, pignus & stipulationem nullam esse dixerimus: nihil supererit in obligatione. Proindeque creditoris & stipulatoris interest, saltem illud ipsum corpus, quod demonstratum est, quale quale etiam sit, deberi; & sic æs saltem in obligationem venire: attentâ insuper hac ratione, quod ex horum parte nihil interdum in his contractibus interveniat. Alia est ratio emptionis: quia cum emptor vicissim ad precium obligetur: idcirco ejus interest potius, ne ullo modo obligatio consistat in ære, quod pro auro venditum est, quam si æs, datâ ingenti pecuniâ, comparet pro auro. Verum eâdere consulantur Duarenus, Donellus, & Cujacius in d. l. si id, quod aurum. 22. ff. de verb. oblig. idem Cujac. lib. 2. observ. c. 4. Mudæus ad d. l. in venditionibus. 9. n. 5. & seqq. ff. de contrah. empt. Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 5. n. 74. & seqq. & part. 2. Disput. de contrah. empt. proposit. 15. pag. 466 & seq. Robert. lib. 1. animadvers. jur. civil. c. 4. Bronchorst. d. cent. 2. assert. 53. edit. 2. Haenon. Disput. 16. controuv. 2. Pacius cent. 2. invariabilis q. 4. Robertus. Disput. 17. th. 3. lit. 6. Giphon. Disput. 28. lib. 3. thes. 7. ibiq. Oleman. n. 12. Vultejus in hoc princ. n. 15. & seqq. Connan. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. n. 4. & seqq. Gæddens in Comment. de contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 4. n. 23. & 28. cum seqq. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 18. ff. quest. 2. Paulus Berens disp. 11. ad Instit. them. 1. quest. 1. Hunnius d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disput. 2. quest. 47. & 48. pag. 198. cum seqq. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. quest. 18. & seqq. Morla in empor. jur. d. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 18 & seqq. itemq. Acacius Antonius de Ripoll. variar. juris resolut. cap. 11. n. 269. & seqq. fol. 553. & Justus Reisenbergius disput. 1. juris civil. renovat. th. 33. & seqq.

Cæterum error nominis, aut qualitatis ipsius mercis non quidem vitiat hunc contractum: sed tamen, si in qualitate dissensus sit; venditor teneri debet, quanti interest emptoris, se non esse deceptum; etiam si venditor quoque nesciat: veluti si mensas quasi citreas emat, quæ tales non sunt. d. l. in vendit. 9. §. si in nomine. ff. de contrah. empt. l. si sterilis. 21. §. 2. ff. de action. empt. Quod si verò in accessionibus mercis principalis dissentiant contrahentes; hoc est, emptor de aliâ, venditor itidem de aliâ accessione sentiat: emptio & venditio nihilominus subsistit, sed ea res emptori debetur, de quâ sentit venditor. l. si in empt. 34. in pr. & ibi Bartol. ff. de contrah. empt. Donell. in l. inter stipulantem, 83. §. si Stichum. 1. n. 5. ff. de verb. oblig. Mudæus in d. l. in vendit. 9. n. ult. ff. de contrah. empt. Etenim in contrahendâ emptione & venditione ambiguum conventionem adversuseum, qui potuit legem contractui apertiore dicere, interpretamur; siue is sit venditor. l. in contrah. 172. ff. de reg. jur. l. veteribus. 39. ff. de pact. l. Labeo. 21. ff. de contrah. empt. siue emptor. d. l. si in empt. 34. in princ. ff. eod. ubi Jurisconsultus Paulus, ex mente Labeonis, pactum emptioni appositum, secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minisque

apertè locutus fuerat, meritò interpretatur. Etenim imputare sibi, suæque imprudentiæ expensum ferre, quemque contrahentium oportere, quod obscurè aut ambiguè, minusve apertè locutus fuerit, vel ipsa naturalis ratio edocet, tradente Petro Fabro ad l. quoties idem sermo 67. ff. de reg. jur. n. 10. Videantur quoque Borcholt. in Comm. de pact. cap. 5. num. 55. Pac. cent. 2. παρτίοναυ. quast. 7. Zoann. in tract. de empt. & vend. sub pacto retrovenditionis. n. 98. & seq. Hotoman. lib. 2. amicab. respons. cap. 10. Bronchorst. cent. 1. παρτίοναυ. assert. 40. ed. 2. Vultejus hic num. 27. & seq. Trentler. disp. 28. th. 7. lit. d. vol. 1. Henon. disp. 15. contro. vers. 3. Philipp. Matthaus in l. in ambiguis. 96. ff. de reg. jur. Hackelman. disp. 11. th. 2. lit. b. & Forster. junior. in tract. de pact. cap. 8. membr. 6.

22 Diversum planè statuit Cujac. lib. 1. observ. c. 10. lib. 9. c. 37. lib. 23. c. 31. & in d. l. inter stipulantem. 83. ff. de verb. obligat. ubi disertè scribit, legem nunquam ab emptore dici contractui, sed à venditore semper: proindeque textum in d. l. si in emptione. 34. ff. de contrah. empt. emendandum, & pro venditor, emptor reponendum putat. Sed labitur Vir eruditissimus. Nec enim uno in loco juris nostri expressum est, emptorem legem contractui dicere, ut in l. hac venditio. 7. §. 1. l. pacta conventa. 72. l. cum manus. 80. §. 1. ff. de contrah. empt. & similib. Et ut maximè nullus alius adducilocus posset: tamen allegatus textus in d. l. 34. ff. eod. qui satis clarus & perspicuus est, ad stabiliendam sententiam nostram, abundè sufficeret. Neque verò Cujacio, aut cuivis alii Interpreti, quantumvis celebri, textus à se non intellectos, pro suâ libidine & arbitrato, corrigere li-

23 cet. arg. l. 1. §. 1. & 12. C. de legib. cum correctio perquam odiosa, ac ea propter omnibus modis vitanda sit. c. cum expediat. 29. ext. de deest. in 6. Sed & haud adminiculatur Cujacio d. l. veteribus. 39. ff. de pact. d. l. Labeo. 21. & l. cum in lege. 33. ff. de contrah. empt. d. l. in contrahenda. 172. ff. de reg. jur. cum concordantibus: in quibus constanter asseritur, ambiguum vel obscurum pactum contra venditorem esse interpretandum. Non etenim aliter interpretatio fit adversus venditorem, quam si legem contractui apertius dicere sive conscribere potuerit. d. l. veterib. 39. ff. de pact.

24 Et quamvis in aliis legibus absolutè illud contineatur: tamen secundum hanc ipsam limitationem accipi omninò debet. Tralatitium quippe est, quod uni legi deest, supplendum esse ex aliâ, quæ rem definit plenius. arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legib. Cur autem pleræque leges contra venditorem potius, quam contra emptorem interpretationem faciendam esse, affirmant: hoc inde fieri non dubium est: quòd plerunque à venditore pactum interponatur, & lex contractui dicatur.

25 Nihil item nostræ obstat sententiæ, quòd in judiciis semper ambigua intentio pro actore, contra reum explicetur. d. l. inter stipulantem. 83. §. 1. ff. de verb. obligat. l. si quis intentione. 66. ff. de judic. Hoc namque ideo fieri sciendum est: quòd, cum iudicium semper in invitum reddatur, is ne condemnetur, semper dicturus sit, non convenisse. l. solemus. 61. ff. eod. hacque ratione elusorium constituere: iudicium, contra l. si prator. 75. ff. de re judic.

26 Nihil quoque urget. l. si mihi & Titio. 110. §. ult. ff. de verb. obligat. ubi Pomponius respondet, non quid senseris promissor, æstimari debere: sed stipulantis mentem spectandam esse. Quandoquidem id eâ ratione fit, quòd in specie ibi propositâ mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, à quo mens promissoris prorsus sit aliena. Præterea ibidem non tam contra promissorem ex mente stipulantis, quam ex re ipsa fit æstimatio, ut eleganter docet Petrus Fab. ad d. l. quoties. 67. ff. de reg. jur. n. 11. quem refert & sequitur Bronchorst. d. cent. 1. assert. 40. ed. 2. Addatur Hunnius disp. 16. th. 3. & in resolut. ad Trentler. vol. 2. disp. 2. quast. 46. pag. 169. & seq. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 2. q. 21. p. 853.

Adjicitur in definitione, de re sive merce. Tum quia, Pomponio assertore, sine re (quæ merx appellatur, l. 1. in princ. & §. 1. in fine. ff. de contrah. empt. l. 1. in princ. ff. de rer. perm.) quæ veneat, nec emptio, nec venditio potest intelligi. l. nec emptio. 8. in princ. ff. de contrah. empt.

27 Tum quia rei nomen generale est, non solum corpora, sed & jura comprehendens l. 1. in fine. ff. de reb. credit. si

cert. pet. l. rei appellatio. §. & l. rei appellatione. 23. ff. de verb. signif. Horumque omnium venditionem fieri posse, clarescit abundè ex tot. tit. ff. & C. de contrah. empt. & tot. t. ff. & C. de hered. vel act. vend.

Nec obstitit l. ex empto. 11. (alias l. emptorem) §. si. 28. nal. vers. veluti cum futurum iactum. & c. & l. si iactum. 12. ff. de act. empt. ex quibus probari videtur, aliquando venditionem sine re dari posse, ut cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Nam breviter respondetur: quòd in hac speciespes, & rei eventus, sive casus, qui in captu piscium, aut avium, aut missilium fortuitus est, ematur: ut haud obscurè arguit Jureconsultus in d. l. nec empt. 8. §. 1. ff. de contrah. empt. Bartol. & Alexand. in d. l. si iactum. 12. ff. de act. empt. Conman. d. lib. 7. Comment. jur. civ. c. 6. n. 7. hosq. referens Morla in d. emporio jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 21.

Dicitur præterea, emptori tradendâ. Quandoquidem tradere, non dare, mercem emptori venditor tenetur. l. ex empto. 11. §. 2. l. servus. 30. §. ult. ff. de action. empt. l. si ita distrahatur. 25. §. 1. ff. de contrah. empt. Atque hoc ad emptionis formam seu differentiam specificam pertinet, quâ distinguitur à permutatione. l. 1. in princ. vers. in permutatione verò. ff. de rer. permutat. l. ult. ff. de condit. caus. data. & c. Cujac. lib. 23. obs. c. 29. & in l. 7. ff. d. pact. Quòd si tamen mercis dominus sit venditor, facit & emptorem dominum; modò precium sit solutum, vel eo nomine satisfactum, ex promissore aut pignore dato. Sin venditor non sit dominus: usucapiendi conditionem transfert in emptorem, & evictionis nomine ei obligatur; etiam si nihil expresse de illâ convenierit. d. l. ex empto. 11. §. 2. ff. de act. empt. §. vendita verò. 41. supr. de rer. divis. l. in vendendo. 66. in princ. ff. de contrah. empt. l. si in venditione. 60. ff. de evictionib. l. non dubitatur. 6. ubi Gothofred. C. eod. tit. §. 1. Württenb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 15 in princ. p. 284. Wesenbes. in paratit. ff. de action. empt. n. 4. Menoch. consil. 84. n. 18. vol. 1. D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 21. ff. quast. 4. pag. 50. Enimverò ut venditor de evictione teneatur, necessum est, ut ipsi, etiam scienti, emptor mature denunciaret (quod authorem laudare & nominare vulgò dicunt) sibi rei venditæ nomine controversiam fieri: simulque petat, ut venditor ad defendendum veniat. l. si rem, quam 29. §. ult. ibi, ut de eâ re agendâ adsit. & l. si plus. 74. §. mota. ibi, ad rem defendendam ff. de eviction. l. venditor. 8. ibi. l. si parentes. 20. vers. nec vobis. l. empti 21. & l. cum successores. 23. C. d. tit. l. 1. ibi, ut causa agenda adesset. C. de peric. & commod. rei vend. cum similib. Nisi enim venditor sic interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est juris regula: eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in morâ non constitui, nisi fuerit interpellatus. l. mora 32. in princ. ff. de usuris. l. si ex legati causa 23. & l. si insulam. 84. ff. de verb. obligat. Decius in l. quod te. §. n. 44. ff. de reb. cred. si cert. pet. & conf. 2 n. 7. item consil. 102. n. 2. Socin. senior. ad l. 2. §. voluntatem. n. 12. & 21. ff. solut. matrim. Meichsn. tom. 4. decis. 8. Hieronym. de Cavallos in speculo aur. opin. commun. cont. com. tom. 1. q. 385. n. 1. ubi plures refert. Atque istam evictionis materiam, post alios, quos citant, latissimè prosequuntur Gaspar. Caballinus in tract. de evictionib. §. 3. Alexand. Trentacinq. variar. resolut. lib. 3. resolut. 4. de empt. & vendit. Gomezius tom. 2. variar. resolut. c. 2. n. 33. & seqq. Covarruvias lib. 3. variar. resolut. cap. 17. Joh. Anton. Mangilius in tract. de evict. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 36. cum seqq. Linglois decis. Justin. 15. quast. 5. cum seq. fol. 159. cum seqq. Bonacina d. tract. de contrah. & restit. disp. 3. quast. 2. punct. ult. pag. 436. cum seqq. & Eachinaus lib. 2. controversiar. jur. c. 34. & aliquot seqq.

Gravishoc loco, & quotidiana discutienda venit quaestio: utrum venditor, si facultatem rei tradendæ habet, præcisè cogi possit ad tradendum: an verò interesse præstando liberetur? Et hoc quidem posterius haud infimè subsellii Interpretes probabilius esse, opinantur, post Johannem & Bulgarum Socinus in l. certi conditio. 9. n. 22. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alcinius ad l. unic. C. de sentent. qua pro eo, quod interest, profer. c. 2. n. 13. Vand. lib. 1. q. 9. Covarruv. lib. 2. var. resolut. c. 19. n. 1. Charond. lib. 3. verisimil.

verisimil. c. 12. Gædd. in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 9. conclus. 4. n. 65. & seqq. Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. c. 2. pag. 135. n. 50. & in l. stipulationes non dividuntur. 72. n. 40. ff. de verb. oblig. Somsbec. de feud. part 9 num. 35. cum seq. Mynsinger. cent. 1. obs. 53. Anton. Matthæus hic in suis not. Fachinam d. lib. 2. controvers. jur. c. 30. Bachovius latissime in suis not. ad vol. 1. Trentl. disp. 28. th. 2. lit. C. pag. 1055. cum seqq. & ibidem Hunnius in suis resolut. q. 7. pag. 119. & seqq. vol. 2.

34 Sed ego illud prius & textibus & rationibus juris magis consentaneum puto. I. Namque Justinianus Imp in §. alia autem. 2. vers. & ad exemplum. supra, de donationib. perspicue tradit: ad exemplum venditionis, incumbere traditionis necessitatem donatori. Atqui donatori necessitas tradendi rem donatam absolute incumbit. l. si quis argentum. §. §. si sive fin. C. de donationib. ubi expresse dicitur, primo; necessitatem imponi donatori hoc, quod donare existimavit, tradere. Necessitas autem efficit, ut non liceat aliud facere, quam quod in obligationem deductum est, arg. l. obligamur. §. 2. §. necessitate. 7. ff. de obligat. & actionib. Secundo in d. §. fin. dicitur: liberalitatem plenam, necessarium traditionis effectum sequi debere. Unde tale argumentum petitur: Quicumque tenetur præcisè ad traditionis effectum, ille multò magis tenetur ad traditionem ipsam. Atqui donator ad effectum traditionis (qui est vel domini, vel usucapiendi conditionis translatio, arg. l. 2. & 3. & tit. ff. pro donat. l. sed & si 25. & l. si extraneus, 44. ff. de donationib. int. vir. & uxor) tenetur. d. §. final. Ergo multò magis ad traditionem ipsam tenebitur. Tertiò in eodem §. fin. dicitur: necessitatem habere donatorem omnimodo tradere. Quæ verba quin præcisam inferant necessitatem, non dubitatur, ut mox indicabitur latius n. 36. Si igitur illa à donatore tam præcisè exiguntur: cui tamen magis subveniri solet, & æquum est, ut ne evictionem præstet. l. Aristo. 18. §. ult. ff. de donationib. l. 2. C. de evictionib. & ne in plus, quam facere possit, exigatur, §. sed & si quis. 38. infr. de actionib. l. & exheredatum. 49. cum l. seq. ff. de re judicat. l. divus Pius. 28. ff. de reg. jur. utique consequens est, quod multò magis à venditore isthæc exigi debeant: cui, cum precium habeat, minùs subveniri æquum est, Ge-
 35 org. Frantzkius exercitat. jurid. I. 1. quæst. 1. p. 387. II. Ulpianus in l. ex empto. I. §. 2. ff. de actionib. empti respondet: venditorem oportere ipsam rem præstare sive tradere. At verbum oportere præcisam coactionem seu necessitatem importare, vel Grammaticis notum est: & idem insuper dilucidè probatur ex l. 1. in princ. ibi, prius nosse oportet. ff. de iust. & jur. III. Urget textus in §. 1. infra hoc tit. ibi, tunc omnimodo secundum ejus estimationem & precium persolvatur, & retradatur. Si omnimodo, ut textus ille vult, res tradi debet: non certè modo aliquo ea retineri, & vice ejus interesse præstari poterit. Nam omnino, omnimodo, præcisè, nunc, semper, & similia, verba prægnantia vel ideo vulgo feruntur, quod nullam modificationem aut limitationem recipiunt, l. & ita 3. §. 1. v. at hoc edicto omnimodo, & ff. nautæ, cauponæ, stabular. d. l. si quis argentum. 35. §. sed & si 4. ibi, omnimodo requirenda. C. de donationib. IV. Huc pertinet textus in l. fistulas. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. in l. non est probabilis. 6. C. de rescind. vend. l. cum fundus. 31. in princ. ff. de reb. cred. si cert. pet. & l. qui restituere. 68. ff. de rei vindicat. ubi qui restituere condemnatus est, præcisè restituere compellitur: & rem manu militari à contumaci venditore sive reo auferri posse, pronuntiatur. Et quanquam Antonius Faber lib. 16. conject. c. 17. & decad. 18. error. pragmat. 5. totam istam legem 68. à Triboniano corruptam esse, affirmat; quem sequi videtur Bachovius d. disp. 28. th. 2. lit. c. pag. 1058. illius tamen rationes, post Justum Mejerum. Endox. Justin. decad. 3. cap. 4. n. 6. ingeniosè refutat Hilliger. in Donello enucleat. lib. 520. c. 6. lit. G. pag. 644 & seqq. V. In uno ex correlativis dispositum & in alio dispositum censetur. l. ult. ibique Bartol. & Jason. C. de indict. viduit. toll. l. 1. C. de cupressis. Nicol. Everhard. à Midolb. in locis legal. in loc. à correlat. n. 3. Sed venditori competit ad precium exigendum venditi actio. l. venditi. 6. C. de actionib. empti. Ergo & emptori competet actio empti ad consequendum id, quod vendi-
 36 tum est. VI. Si venditor præstatione ejus, quod interest,

liberaretur: rem eandem alteri vendi posse, consequens esset. Priori siquidem emptori satisfaceret, si id, quod ejus interest, præstaret. At eandem rem denuo citra falsi crimen vendi non posse, liquet ex l. quæ duobus. 21. ff. ad leg. Cornel. de fals. Nec movet quicquam, quod venditor possit rem jam venditam, iterum vendendo in alium transferre, & eum dominum facere, l. quotiens. 15. C. de rei vindicatione. ac consequenter non teneatur præcisè ad traditionem. Ratio consequentiæ est perspicua: quia si res esset ex naturâ venditionis præcisè tradenda: posterior isthæc venditio esset potius nulla, quam aliqua dicenda. Nihil, inquam, hoc movet. Aut enim consideratur secunda emptio jure summo, & potissimum respectu venditoris: & tunc non videtur subsistere cum effectu posse, propter dolum, qui ex parte ejus intervenit: pro respectu & in crimen falsi incidit. d. l. qui duobus. 21. ff. ad leg. Cornel. de fals. Aut consideratur secunda emptio respectu emptoris: & tunc quia ille in bonâ fide est, & rem jam venditam accepit à venditore, qui dominus adhuc erat: ea ex æquitate sustinetur. d. l. 15. C. de rei vindicat. Porro de re duobus, vel pluribus, diversis temporibus venditâ, latè & accuratè dissertant Gomezius tom. 2. variar. resolut. jur. civ. cap. 2. num. 20. Acacius Antonius de Ripoll. variar. jur. resolut. cap. 11. num. 139. fol. 341. & D. Besoldus in delibatis juris, ex libr. 18. ff. quæst. 7. VII. Accedit, quod nulli suus dolus debeat patrocinari. l. verum est. 63. §. hoc quoque. 7. ff. pro socio. l. dolus. 44. ff. mandati. l. 3. §. illud. ff. de calumniatorib. l. itaq. 12. §. 1. & l. eum, qui. 14. §. is autem. ff. de furt. VIII. Facit, quod alteri per alterum iniqua conditio inferri non debeat. l. non debet. 74. ff. de regul. jur. & contra naturam sit, ut quis eum alterius damno & jacturâ locupletetur. l. nam hoc naturâ. 14. ff. de condiçt. indeb. & locupletari. 48. de regul. jur. in 6. IX. Confer huc, quod aliud pro alio invito creditori non solvatur. l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. pet. Sed res vendita debetur emptori. Ergo illa tradi debet, non autem aliud ejus loco, invito emptore. X. Si contraria opinio obtineret: venditoribus occasio malignandi daretur, compellendo emptorem ad interesse probationem, quæ difficilis est. l. ult. ff. de pratoriis stipulat. cum in facto consistat. l. quatenus. 24. ff. de reg. jur. Verum malignandi occasionem esse vitandam, indicat §. 1. vers. sed ne dum talia infr. de vi bonor. raptor. & lopus. 3. in princ. ff. de operib. publ. XI. Nihil magis bonæ fidei, quæ summa est in hoc contractu, congruit, quam id, quod inter contrahentes convenit, vel actum est, præstari. d. l. ex empto. I. §. 1. ff. de actionib. empt. locum venderem. 21. ff. locati. Grave quippe est, conventionem & datam fidem fallere. l. ff. de pact. & l. 1. ff. de const. pecunia. Id autem agi intelligitur, ut res emptori tradatur, & precium venditori detur. d. l. ex empto. II. §. 1. ff. de actionib. empt. XII. Paulus disertè ait; venditorem, cogi implere venditionem. l. si quis alienam. 46. ff. de actionib. empt. id est, venditor cogi potest, ut tradat, modo scil. naturali; aut mancipet, modo nimirum civili: sicuti idem Paulus se explicat in lib. 1. sentent. tit. 13. §. si id quod emptum. & c. Cujus loci auctoritas etsi non authentica censeatur: ubi tamen cum legibus aliis concurrat, miram vim habet & ad explicationem, & dubiæ sententiæ solidiorem confirmationem. XIII. Quod expresse fieri non potest, id tacitè multò minùs recipitur, arg. l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. §. ff. de inoffic. testam. & fusiùs probat Everhardus in loco, ab expresse ad tacit. n. 10. & seqq. Atqui clarius est; id agi aut conveniri expresse non posse, ne dominium rei venditæ ad emptorem transeat, manente eodem contractu emptionis l. cum manu sata. 80. §. fin. ff. de contrah. empt. Contingeret autem id in casu nostro tacitâ conventionem, & quidem unius voluntate, ne unquam dominium, vel res ad emptorem veniret. XIV. Idem provi-
 47 sum est jure feudali: ut nimirum ad feudum tradendum novo vasallo dominus compelli possit, nec interesse præstando liberetur, cap. un. §. si facta. 6. si de feudo defuncti contentio sit int. domin. & c. lib. 2. tit. 26. in usib. feudor. Cui suffragatur textus in tit. 3. §. ult. d. l. 2. feudor. ubi Jurisconsultus Feudista ait; nullam investituram fieri debere ei, qui fidelitatem facere recusat. Quibus ex ver-
 48 bis, à contrario sensu satis evidenter colligitur; quod dominus

dominus eum, qui fidelitatem facere paratus est, investire cogatur. Argumentum etenim a contrario sensu, si non textui alicui expresso advessetur, in iure nostro frequentissimum & fortissimum esse, certum est, l. 1. §. *huius rei fortissimum*, ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. & latius ostendit Nicol. Everhard. in topic. legal. loco, a contrario sensu. num. 4. & seqq. Atque is genuinus juris feudalis est sensus; quamvis Doctores vulgò ab eo secessionem faciant, Andr. de Ifern. Martin. Landens. & Alvarott. in d. §. si facta tit. 26. lib. 2. feudor. Jacobin. de S. Georg. in tract. de feud. in verb. investivit talem. num. 8. pag. 15. Rosenthal. in synops. jur. feud. c. 6. conclus. 7. Borcholt. de feudis. c. 9. n. 12. aliq. ab his relati. XV. Illud ipsum iure municipali renovato Würtembergico statutum videtur. part. 2. tit. 9. pag. 270. §. *Sobald ein Kauff geschlossen*, ibi, dargegen ist der Verkäufer verbunden / &c. XVI. Eandem sententiam, communiter approbatam, sequuntur & defendunt Martinus à glos. relatus, Bartol. Castrensis, Costal. & reliqui Dd. pleriq. in l. 1. ff. de actionib. empt. Decius. Alexand. & Jason in d. l. certi conditio. 9. ff. de reb. credit. Petr. Jacob. Aurel. in aurea practica libellor. rubr. 83. n. 2. & seqq. Imol. Abbas, & Felin. n. 34. in c. cum Joannes ext. de fide instrument. Ant. de Burgos. in rubr. tit. extr. de empt. & vend. n. 5. Pinel. in l. 2. part. 2. c. 3. n. 20. cum seqq. C. de rescind. vend. & in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25. Rebuff. in d. l. unic. C. de sentent. qua pro eo, quod interest, profer. in verb. quantitate. n. 10. Sichard. ad rubr. C. de contrah. empt. n. 1. Duaren. ad tit. C. de actionib. empt. Molinens. ad tit. C. de contrah. empt. pag. 189. Cujac. ad Jul. Paul. lib. 1. recept. sent. tit. 13. §. si id, quod emptum, &c. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. quest. 6. princip. n. 38. Andr. Clud. de condit. cap. 1. n. 91. Anton. Faber. lib. 6. coniectur. cap. 17. & de error. pragm. decad. 22. err. 4. Trentler. d. disp. 28. vol. 1. th. 2. sub lit. C. Coras. lib. 2. Miscell. jur. civ. c. 3. n. 7. D. Collega Bocer. class. 2. Disp. 3. th. 69. ed. 2. & in tract. de investitura feud. c. 2. n. 27. cum seq. & in hoc tit. num. 152. & seqq. pag. 385. Morla in Empor. jur. part. 1. tit. 9. q. 7. Foman. disp. 22. th. 1. lit. b. Schegk. in delib. jur. disp. 18. th. 33. Bronchorst. cent. 2. tract. 10. par. 1. assert. 57. edit. 2. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 19. ff. quest. 1. pag. 27. Arumans Exercit. Justin. 14. th. 2. & disp. 13. ad Pandect. quest. 8. item lib. 1. decis. 13. n. 25. & seqq. Forster. lib. 3. disp. 18. th. 3. Matth. Stephani cent. 3. q. 68. Hænon. disp. 16. controvers. 11. Plebst. disp. 2. de jure topico Würtemberg. th. 31. Giphanius lib. 3. disp. 28. in corollar. ibiq. in suis notis Olemannus. n. 33. & seqq. Niel. lius disp. feud. 4. th. 1. ad lit. f. Wegnerus disp. 12. th. 2. ad lit. a. Riemer. decad. 10. quest. juridicar. illustr. q. 9. Althusius lib. 1. Dicaolog. c. 74. n. 30. pag. 255. & novissime Frantzkius d. exercitat. jurid. 11. quest. 1. pag. 333. & seqq. nec non Ungepaup. exercit. Justin. 12. quest. 4. pag. 447. cum seqq. edit. ult.

49 Hanc ita firmatam sententiam non infringit textus in l. 1. in princ. ff. de actionib. empt. ubi, si res vendita non tradatur, in id, quod interest, agitur: ac proinde venditor præstando interesse liberatur. Primum enim dicendum est: emptorem posse eligere id, quod interest, propter moram dolosè à venditore commissam, juxta l. venditor. 10. C. eod. & in specie istius legis dolosè moram esse commissam, ex sequentibus facile evincitur. Deinde, secundum communem doctrinam non ineptè respondeatur: dictam legem i. accipiendam esse de casu, quo venditor non habet potestatem seu facultatem tradendi rem venditam; puta si ante traditionem sit evicta: aut prius alii sit tradita: vel venditoris dolo perierit: aut emptor non valde ejus traditionem urgeat. Etenim cum isthæc legis verba (*si res vendita non tradatur*) ambigua sint & obscura: quippe cum intelligi queant de re, quæ tradi amplius à venditore non potest; exaudiri item valeant de re, quam adhuc penes se habet venditor, adeoque tradere potest; sed ex contumaciâ non vult præstare: utique ea recipienda illorum interpretatio erit, quæ vitio caret, & verisimilior est, aliisque legibus non repugnat. l. in ambigua. 19. ff. de legib. l. in obscuris. 14. ff. de regul. jur. c. cum expediat. 29. extr. de elect. in 6. Atqui superior illa, frequentioribus calculis comprobata interpre-

tatio, caret vitio, & verisimilior est, cumque legibus, quæ volunt, quod venditor tradendi facultatem habens præcisè rem tradere teneatur, bellè consentit. Quapropter ea sola recipi, altera verò rejici: adeoque responderi debet: in objectu l. 1. ff. de action. empt. venditorem non habuisse facultatem rei tradendæ, arg. l. si cum fundum. 68. §. fin. ff. de contrahend. empt. & l. qui tibi hereditatem. 6. C. de heredit. vel act. vendit. a.

Similiter non adversantur l. ex empto. 11. §. idem ait. 9. ff. de actionibus empt. & l. contractus. 17. vers. adeo ut nec illud, &c. C. de fide instrument. ubi venditor præcisè compelli non potest ad tradendum: sed hæc saltem necessitas ei incumbit, ut vel rem venditam tradat, vel id, quod emptoris interest, persolvat. Hænamque, & similes leges, quæ de interesse loquuntur, procedunt itidem in casu, quo emptor non admodum urget ipsam rei traditionem, vel venditor prius rem alii tradidit, ut amplius tradendæ ejus copiam non habeat. Itaque si rei tradendæ facultatem adhuc habuerit, eam præcisè emptori petenti tradere tenebitur, juriis supra allegatis.

Nec quicquam etiam decerpit nostræ decisioni l. 2. vinum. 2. ff. de reb. cred. ubi cum pro vino mutuo dato æstimatio, sicque aliud pro alio solvatur: dicendum videtur, quod interesse præstatio venditorem liberet, & per consequens ad tradendum cogi nequeat. Æstimatio si quidem ibi idcirco præstatur, quod debitor in morâ constitutus fuit: unde factum est, ut vinum jam non reperiat eisdem bonitatis: atque ea propter ad æstimationem necessariò devenitur. Et sane si velit creditor, postulare potest, ut res ipsa mutuo data eodem in genere sibi solvatur, arg. l. 2. in princ. ff. de reb. cred. ibiq. Alciat. & Zasius. nec non Wesenbec. in paratit. n. 12. l. ubi autem non apparet. 7. §. ult. ff. de verb. oblig. Tob. Nonius in princ. tit. supra, quib. mod. re contrah. oblig. n. 28.

Nihil quoque refragatur l. si traditio. 4. C. de actionib. empti. ubi Imp. Dioclet. & Maxim. rescripserunt: si traditio rei venditæ juxta emptionis contractum procaciâ venditoris non fiat; quanti interesse compleri emptionem fuerit arbitratus præses provincie, tantum in condemnationis taxationem deduci debere. Quandoquidem illic procaciâ, hoc est, contumaciâ, & petulantia sive morâ dolosâ venditoris res suo tempore tradita non est: nimis quippe diu traditionem rei distulerat. Ideoque rectè dicitur: emptorem, ob moram in tradendo procaciter & petulanter dolosève commissam, interesse petere posse: ejusque rationem præsidem provincie in condemnando debere habere. Atque adeo emptor conducibilis utilisque sibi esse ratus est; id, quod interest, obtinere, quam ipsius rei venditæ placito tempore non solutæ, traditionem instantius urgere. arg. l. cum venditorem. 10. C. de actionib. empti. Vide Frantzkius, dictam l. 4. C. d. tit. copiosius explicantem, d. exercitat. 11. quest. 1. pag. 340. & seq. n. 53. cum multis seqq.

Non item obloquitur textus in l. si ita distrahatur. 25. §. 4. ff. de contrah. empt. ibi dum ab Ulpiano respondetur, venditorem necesse non habere fundum sive rem emptoris facere: adversarii inferunt, venditorem non posse ad rei traditionem præcisè cogi. Nam responsum illud ita exaudiendum est, quasi venditor necesse non habeat hoc agere, ut res omnino & irrevocabiliter emptoris fiat: quoniam si res aliena venditur, tenetur quidem ad tradendum venditor; interim tamen res, utpote aliena, evinci & emptori auferti potest. l. rem alienam. 28. ff. eod. tit.

Præterea ad rhombum nil facit. l. si in venditione. 60. ff. de evictionib. ubi expressum est, ex naturâ ex empto actionis interesse præstari: Quia loquitur de casu evictionis: cujus nomine in simplum agitur adversus venditorem; & etiam ad interesse, ex naturâ emptionis. Ita enim inquit Javolenus: Si in venditione dictam non sit, quantum venditorem pro evictione præstare oporteat: nihil venditor præstabit, præter simplum, evictionis nomine: & ex naturâ ex empto actionis, hoc, quod interest. Ubi obiter notandum: quod re emptæ evictâ, hoc est, per judicis sententiam plenè amissâ, venditor emptori teneatur, vel in simplum, & id, quod interest, id est, ad precium recipiendum, & utilitatem omnem. l. venditor. 8. d. l.

*d. l. si in venditione. 60. l. evicta re. 70. ff. d. tit. l. Titius. 43. §. ult. ff. de act. empt. vel ad duplum; si cum dictum actum-
ve sit, ut duplum emptori promitteretur; nec tamen per
errorem promissum sit: quod eo duntaxat casu locum
habet, quo fundus, vel domus, vel homo, vel alia res pre-
ciosa (de ceteris siquidem rebus venditor solummodo in
simplum tenetur) vendita sunt, de quibus dupla pro-
mitti solet. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de adi-
lit. edict. junct. a. emptori. 37. §. 1. & 2. ff. de evictio. Paul.
lib. 2. sentent. tit. 17. §. 1. ibiq. Cujacius, & accuratius idem
Cujacius in paratit. C. de evictionibus.*

57 Adhuc conclusionem nostram parum imminuit, l. si iac-
tum. 12. ff. de actionib. empti ubi, si venditor, qui iactum
retis vendidit, pisces captos reddere nolit, aestimari debet
id, quod extraxit: sicque praestando aestimationem sive
interesse venditor liberatur: Tum quia iactus retis ibi est
emptus; atque ita merum factum in obligatione versatur:
proindeque, ut in reliquis facti obligationibus, post
moram obligatio ad interesse succedit. l. stipulationes non
dividuntur. 72. v. Celsus tamen. l. quotiens. 81. in princ. ff. de
verb. oblig. l. si quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judicat. Tum
quia emptor ibidem ipsam rei sive piscium extractorum
traditionem non admodum urgit: sed eos piscatori trade-
re recusanti ultro relinquens, aestimationem eorum sibi
magis prodesse censuit: atque adeo emptor nullam affe-
ctionem ad pisces ipsos, sed ad lucrum potius habuit. Por-
ro de intellectu dicta l. si iactum. 12. ff. de act. empt. videatur
Vincentius Cabotus lib. 2. disp. jur. cap. 24.

58 Minimè insuper eandem conclusionem evertit isthuc
ratiocinatio: Quibus ex causis juratur in litem, in iisdem
id, quod interest, praestando liberamur, arg. l. 2. 3. & pen-
ult. ff. de in litem jurand. Ex causa autem emptionis in
litem jurari, arguit l. in actionib. §. ff. eod. in cuius principio
indefinitè, adeoque generaliter Marcianus scribit: in bo-
nae fidei judiciis (inter quae sine ulla dubitatione nume-
ratur etiam empti actio sive iudicium. §. actionum. 28. infr.
de action.) in litem jurari. Ergo, &c. Respondetur enim;
minorem propositionem non universaliter procedere, nec

59 quod in d. l. §. dicitur, ad emptionem trahendum esse. Et-
enim non incogniti juris est, iurijurando in litem tum de-
mum locum esse, cum per contumaciam aut dolum Rei,
res non restituitur, vel exhibetur. l. 1. d. l. 2. in fin. l. tutor. 8.
& tot. tit. ff. & C. de in lit. jur. l. arbitrio. 18. ff. de dol. mal.
l. Celsus. §. §. idem Julianus. ff. ad exhibend. cum sexcentis
similib. Ast in actione empti non agitur de re restituenda,
aut exhibenda, sed de re vendita tradenda, Venditor
quippe ad tradendam duntaxat possessionem obligatus
est: nec rem venditam emptoris facere compellitur;
quamvis emptor nummos facere accipientis cogatur, ut
notavimus supra n. 29. ex l. ex empto. 11. §. 2. ff. de action.
empt. l. 1. in princ. ff. de rer. permut. & concordantib. Ra-
tio autem, quare in iis duntaxat bonae fidei judiciis, in qui-
bus de re restituenda, & non de re tradenda agitur, in li-
tem juretur, hac probabiliter reddi poterit: quod actor,
qui in litem jurat, rem suam reo vendere censetur. l. ejus
rei. 46. & l. nec quasi. 70. ff. de rei vindicat. l. si cum dos. §.
§. fin. cum. l. seq. ff. de actione rer. amotar. l. sed & si res. 7. §.
1. ff. de public. in rem act. d. l. tutor. 8. ff. de in lit. jur. & l.
solitis. 3. ff. pro emptore. Sed emptor, qui ad rem tradendam

agit, non potest rem, quam sibi vult tradi, reo vendere: quia
reus rem suam emeret; quod fieri nequit. Suae namque
rei emptio non valet; siue sciens, siue ignorans quis eme-
rit. l. suae rei. 16. & l. si in emptione. 34. §. rei suae. 4. ff. de con-
trah. empt. Nec oberit generalitas verborum Marciani
in d. l. in actionib. §. in princ. ff. de in lit. jur. Ea enim à pro-
ximè praecedentibus verbis (in quibus de actionibus in
rem, quae rei restitutionem continent, dictum fuit) restri-
ctionem accipit, per fusiùs tradita à Borcholten in Com-
ment. ad tit. ff. de in lit. jur. c. 4. n. 70. cum seqq. & Ant.
Fabro d. lib. 6. conjectur. cap. 17. & part. 1. de errorib. prag-
mat. decad. 17. error. 7.

61 Pari ratione nihil officit sententiae nostrae: quod tra-
dendi obligatio, quae venditor tenetur, facti sit. l. si sti-
pulari. 4. ff. de usur. l. si rem tradi. 28. ff. de verb. oblig.
in facti autem obligationibus si non fiat, quod pro-
missum est, id quod interest praestandum venit. d. l. si
quis ab alio. 13. §. ult. ff. de re judic. & similibus supra allega-

tis, num. 57. Nam respondendum: traditionem, ad quam
venditor tenetur, non esse rem meri sive nudi facti; sed
aliquid juris, imò dationem quandam in se inclusam ha-
bere. arg. d. l. ex empto. 11. §. 2. l. si quis. 46. ff. de actionib.
empt. l. cum manu sata. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. &
explanatius declarat. Ant. Faber loco paulò ante designa-
to. Adde quoque, quod factum illud non est in obligatio-
ne hujus contractus, sed in consummatione, docente Ro-
bero disp. 17. ad coronid. 2. Quod igitur objicitur: leges
Romanas neminem praecise cogere ad factum: hoc de
factis nudis, & (ut loquitur Salicetus in d. l. 1. ff. de
action. empt. num. 3. in fin.) in labore personali consisten-
tibus, intelligendum est. Cum enim illa facta successivè
expediantur, puta aedificare, fodere, &c. si quis ad ea pra-
cise compelleretur: species quaedam servitutis inducere-
tur. Quae omnia de facto traditionis, quod momento fere
temporis fieri potest, dici haud possunt, juxta Zoannettum
ad l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. compos. n. 73.
Ideoque nihil etiam oberit. d. l. stipulationes non dividun-
tur. 72. in princ. & l. ubi autem. 75. §. quid, quod. 7. ff. de
verbor. oblig. ubi, fundum tradi, ad stipulationes faciendi
refertur, & cum factis nudis, ad quorum praecisam pra-
stationem nemo (ut paulò ante monitum) cogi potest,
conjungitur. Etenim leges istae loquuntur de illa tradi-
tione fundi, quae ex alia simplici obligatione, & per quam
dominium non transfertur, contingit. Tunc enim fa-
ctum nudum & individuum est; & consequenter stipu-
latio, rem tradi, individua. At si fundus ex causa em-
ptionis tradatur: tum, quia factum hoc causam bono-
rum in sese continet. l. in conventionalibus. §. 2. §. 1. ff. de
verbor. obligationib. adeoque dationem, si venditor dominus
est; vel si non est, usufructu conditionem involvit; fa-
ctum merum & individuum non est: sed omnino divi-
duum: ac ea propter nec ad facta, de quibus tractatur in
d. l. 72. ff. de verbor. oblig. potest referri. Vide Bartol. n. 13.
in fin. & Salicet. n. 3. in d. l. 1. ff. de actionib. empt. & eun-
dem Bartol. ad d. l. 7. n. 39. in fin. ff. de verbor. obligat. Am-
plius non obstat assertioni nostrae, quod ex pacto de retro-
vendendo promissor non teneatur praecise revendere: ut
multis probare nititur Anton. Faber. decad. 25. error.
pragm. errore 4. & ante cum Bononienses & Taurinenses
Doctores: quorum argumenta diligenter recenset Fran-
cisc. Zoannet. ad d. l. 2. C. de pactis int. emptor. & vendit.
compos. num. 74. & seqq. ac proinde nec ex ipsa venditione
teneatur: cum & hoc casu actio ex vendito nata censea-
tur. d. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. &c. Nam re-
spondetur primò: diversam esse rationem pacti de re-
vendendo, & venditionis ipsius. Illic siquidem imperfe-
cta adhuc est, imò nondum inchoata emptio: hic verò
perfecta, quam traditione impleri bona fides efflagitare
videtur. Atqui ex diversis nullum firmum duci argu-
mentum, tralatitium est. l. ult. ff. de calumniatorib. l. qui
fundum. 7. §. 1. ff. pro empt. l. inter stipulantem. 83. §. sa-
crum. ff. de verbor. obligationib. Deinde respondetur: fal-
sum esse, quod dicitur, promissorem ex pacto de retro-
vendendo non teneri praecise revendere, ubi precium in
pacto expressum est. uti in d. l. 2. C. de pactis inter emptor.
&c. Sed quia substantialia emptionis hic adsunt: ad pra-
cisam traditionem emptorem teneri, rectè assertitur: adeo-
que hoc casu venditio, omnino inchoata, & sub conditio-
ne, si venditor precium restituerit, facta intelligitur. Quod
precium ubi venditor obtulerit: emptio illa retractiva
omnino purificatur: & ac si purè celebrata esset, eodem
modo emptorem stringit. arg. l. potior. 11. §. 1. in fin. ff. qui
potior. in pign. vel hypoth. hab. Quae quidem conditio cum
prorsus in favorem venditoris sit adjecta: non debet in ejus
odium retorqueri, arg. l. nulla. 25. ff. de legib. l. quod favore.
6. C. eod. c. quod ob gratiam. 61. de reg. jur. in 6. Vide Pine-
lum ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. num. 21. & 26. ibiq.
Emanuel Soarez. ad num. 29.

Denique quod ex jure feudistico superius allatum est. 62
dominum teneri praecise novo vasallo feudum trade-
re, deque eo ipsum investire, nec praestando interesse
liberari: ei haudquaquam contradicit textus in tit. 7.
§. ult. lib. 2. feud. ubi habetur, quod si dominus facta
verbali investitura, & fidelitate subsecuta, differat va-
sallum investitum in vacuam possessionem mittere;

omnem utilitatem, hoc est, id quod interest (secundum receptam Feudistarum interpretationem) ei prestare cogatur. Si ergo isto casu, quo investitura verbalis facta, fidelitasque jam prestata est, ad interesse duntaxat solutionem dominus tenetur: multo certe magis ad interesse tantum eo tenebitur casu, quo promissionem feudi nondum investitura isthac & fidelitatis prestatio secuta est. Textus, inquam, ille haudquaquam superiori nostrae decisioni contradicit. Quia verba haec, *omnem utilitatem ei prestabit*, non ita debent intelligi, quasi in arbitrio domini positum sit, pro ipso feudo prestare novo vasallo id, quod interest. Hunc etenim intellectum non admittit aliud feudorum placitum, supra adductum, *ex tit. 26. §. si facta. lib. 2. feud.* ex quo clarissime perspicitur, quod neutiquam liberum sit domino, pro ipso feudo prestare vasallo id, quod interest. Quare in d. t. 7. §. ult. lib. eod. per omnem utilitatem, ea significatur utilitas, quam dominus, praeter ipsam feudi possessionem, propter moram, vasallo prestare compellitur. Interest quippe vasalli, nullam fieri moram à domino in prestanda feudi possessione: cum feudi fructus ad vasallum pertineant. *tit. 23. §. ult. vers. usufructus verò. lib. 2. feud.* Hanc ergo utilitatem, quae ex mora domini decedit vasallo, unà cum ipso feudo, propter moram dominus ipsi vasallo prestare tenetur. Atque hanc esse sententiam illorum verborum finalium, in d. tit. 7. §. ult. lib. eod. recte censet D. Collega Bocerius in d. tract. de investitura feud. cap. 2. n. 33. Et tantum de ista quaestione.

63 Succedunt in definitione haec verba: & *precio certo nummario*. Quia sine precio emptio & venditio nulla est. §. *precium autem. 1. infr. hoc tit. l. 2. §. 1. l. cum in venditione. 36. l. nuda & imaginaria. 55. ff. de contrahend. empt. l. empti. 9. C. eod. l. imaginaria. 16. ff. de reg. iur. l. contractus. 54. ff. de obligat. & actionib. l. si ex precio. 6. ibi, simulatis pro infectis habitis. C. si cert. petat.* adeoque emptionis substantia praecipue consistit ex precio, tradente Papiniano in l. pacta conventa. 72. in fine principii. ff. de contrah. empt. Uno itaque nummo (nisi tanti solummodo res valeat) emptio & venditio fieri non potest. *l. si quis conduxerit. 46. ff. locati conducti.* quippe eum unus nummus precio opponatur, *l. si quis ante. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. ibi, gloss. Alex. & Jason.* Non obstat l. 1. §. *Divi fratres. 6. ff. de quaestio-nib.* ubi Ulpianus ait: heredem imaginariâ venditione

66 dominium in servo quaesisse videri. *Ibi* namque venditio imaginaria dicitur, non ob precium imaginarium, sed propter causam emptionis fictam & imaginariam. Heres quippe servum emerat justo precio, quasi ipse eo usus, sibi que illum habiturus esset: cum reverâ id ageret, quod per istam emptionem servus quaestioni subtraheretur: atque ita rerum hereditariarum, furto fortassis subductarum, probatio interverteretur & evanesceret. Sic & in

67 l. & qui sub. 10. C. de distract. pignor. imaginaria & simulata procedit emptio, non quae imaginario precio, sive uno fiat nummo, sed quae sit per suppositam imaginarii emptoris personam; & ut *Impp. Diocletian. & Maxim. ajunt*, sub imagine alterius personae; quae singulari libertatis favore quandoque sustinetur, *arg. l. libertas. 122. ff. de reg. iur.*

68 Similiter non adversatur *l. si usufructus. 66. ff. de iure dot.* ubi maritus, qui usufructum uxori donare non poterat, unico nummo proponitur eum uxori vendidisse. *Etsi* enim regulariter emptio, precio imaginario, uno vè nummo facta, non subsistat: si tamen rerum expediendarum & negotii perficiendi causa interponatur, ea vim aliquam habere censetur. Hinc olim hereditates imaginariâ venditione vendebantur. §. 1. *supr. de testament. ordi-*

69 *mand.* Hincque per imaginariam venditionem olim filius emancipabatur. §. *præterea. 6. supr. quib. mod. ius patr. potest. solvit.* & alii actus, quod firmiores essent, imaginariæ venditionis interventu celebrari consueverunt. Ita docent, tenentque D. Hunnius lib. 3. var. resolut. iur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 5. & in Resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 45. pag. 195. & quest. 64. pag. 235. *Mozzius* in tract. de empt. & vendit. tit. de substantialib. empt. n. 22. *Nicol. Everhard.* in locis legalib. loc. à vi numeri num. 12. *Nonius* ad §. 1. *supr. quib. mod. re contrah. oblig. D. Bocer.* ad l. contractus. 23. c. 4. n. 58. edit. 2. *Heigius* ad d.

§. *precium autem. infr. hoc tit. n. 5. Arumans. Exercit. Justin. 14. th. 1. & disp. 13. Pand. th. 4. Matth. Stephani-cent. 3. q. 63. Haenon. disp. 16. controvers. 13. Morla in Emporio iur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 57. Bachovius in not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. th. ult. lit. B. pag. 1093. & seq. Knipschildt. d. exercit. 8. quest. 6. pag. 293. cum seq. Nicolaus Helfrich. disp. Basileens. 9. th. 19. ad lit. b. in fine. Vide quoque Cont. lib. 1. disp. c. 16. Hackel-man. disp. 11. th. 4. lit. A. & Hilligerum in Donell. nucleat. lib. 13. c. 1. lit. l. ubi plures citat. Et huc spectant, quæ do-70 cuimus. in §. 1. n. 9. cum seqq. & §. 3. n. 225. & seq. infr. de locat. & conduct. Precium porro certum esse debet. d. §. *precium. vers. sed & certum. infr. hoc tit.* quale est non tantum, quod statim inter contrahentes exprimitur: sed etiam quod aliquâ idoneâ relatione vel demonstratione certum fieri potest, *arg. l. certum. 6. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. hac venditio. 7. §. 1. & l. si quis fundum. 37. ff. de contrah. empt.* Sed & precium nummarium esse oportet: hoc est, 71 in pecunia numerata, non in corporibus aut speciebus consistere debet. §. *item precium. infr. hoc tit. ubi nos eâ de re acturi sumus, & ubi de, copiosius.* Atque hæc etiam est emptionis & venditionis forma seu differentia specifica, quâ discriminatur à permutatione, in qua res seu corpus pro re datur. *l. 1. ff. de rer. permutat. Ciphani. lib. 3. disp. 28. th. 10.**

Tandem definitioni illa verba adduntur: *venditori dando*. Quoniam precium venditori dandum, id est, dominium precii in eum transferendum est: Quod si enim emptor nummos venditoris non fecerit: eo nomine ex vendito tenebitur, *l. ex empto. 11. §. 2. in fin. ff. de actionib. empt. & l. 1. in princ. vers. emptor enim ff. de rer. permutat.* Ratio autem diversitatis, cur emptor nummos dare; ven-73 ditor rem tantum tradere teneatur, hæc assignari consuevit: tum quia ille generis sive quantitatis, hic verò speciei seu certi corporis debitor est: quæ species, cum eum oneret & coarctet gravius, quam si genus deberet; relevatur in eo, ut tradere, non dare, teneatur. *Accurs. & Bartol. hosq. referens Gothofred. in d. l. ex empto. 11. §. 2. ad lit. K. ff. de actionib. empt. Borcholt. in prædicto Comment. ad tit. ff. de in lit. iur. c. 4. n. 70.* Tum quia, nisi emptor precium dare omnino necessum haberet, nullus ejus foret usus, *arg. §. constituitur. supr. de usufruct. l. 2. & l. hoc senatus-consultum. 5. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.* At rei etiam usus est, licet accipientis non fiat: ac proinde traditio sufficit: cum commodari locari vè possit. *Arumans exercit. Justin. 14. sub th. 4. in fin.* Sed vide Anton. Fabr. lib. 6. conjectur. iur. civ. cap. 9. ubi priori illâ differentia ratione reprehensâ, aliam proponit.

Postremo contra propositam, jamque explanatam em-74 ptionis & venditionis definitionem tale opponi solet argumentum: quæcunque substantialibus non differunt; illa inter se non differunt. Sed tria illa, *merx, precium, & consensus*, quæ tanquam substantialia hujus contractus (secundum communem opinionem) in definitione nostrâ ponuntur, etiam in locatione & conductione requiruntur. Nulla siquidem est locatio, nisi adsit contrahentium consensus, *l. 1. l. qui ad certum. 14. ff. locati conducti.* item nisi adsit merx, hoc est, res, quæ locetur; & merces, quæ precium dicitur. *d. l. si quis ante. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. l. quod si domi. 28. §. 2. ff. locati conducti.* Ergo locatio & conductio est emptio & venditio. *Verum* respondetur ad majorem: Quæ substantialibus non differunt, tendentibus ad eundem finem, illa inter se non differunt. At eadem tria, quæ in emptione & venditione interveniunt, interveniunt quoque in locatione & conductione, sed ad finem diversum. Nam in emptione & venditione precium pro merce datur, eo fine, ut merx emptoris fiat. In locatione verò & conductione datur merces sive precium, non eo fine, ut domus locata fiat conductoris, sed ut hic illâ utatur. Finis autem cujuslibet rei præ-75 cipue inspicendus est: & à fine res denominatur: finisque, qualis res sit censenda, declarat. *l. sed & si quid. 25. §. 1. ff. de usufruct. l. si ita stipulatus essem 14. & l. insulam intra biennium. 124. ff. de verbor. obligat. c. qualis, in princ. 25. distinct.* *Nicol. Everhard.* in locis legal. loco, a virtute finis, num. 2. & 3. *Bald. consil. 272. col. 2. lib. 1.*

lib. 1. emm. referens Joannes Borcholt. *part. 2. disp. de contrah. empt. sub proposit. 6. pag. 450.* Adde, quod in emptio-
nis contractu precium nummarium esse, adeoque in pecu-
nia duntaxat numerata consistere debet, *per ea, quae supra*
76 *tradidi n. 71.* Mercedem verò in locatione non solum in
numerata pecunia, sed in quavis etiam re aliâ fungibili
consistere posse, firmis sat rationibus demonstratum est *ad*
77 *§. 2. infratit. proximo. n. 3. & seqq.* Cæterum præter illa
hactenus exposita emptionis & venditionis requisita, putà
consensum, rem sive mercem, & precium, jure renovato
Würtembergico de substantia istius contractus, in immo-
bilibus censetur: ut à Magistratu sive Judice cujusque lo-
ci cum causâ cognitione approbetur, adeoque ritè insinu-
atur, *Sürstl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit.*
23. pag. 279. & seqq. Idemque attigit Jo. Jacob. Plebst.
disp. 2. de jur. top. Ducat. Würtemberg. th. 23. ad lit. F. Por-
rò de substantialibus hujus contractus videatur quoque
Hunnus in *resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 5. pag.*
118. item Rittershusius *hic pag. 465.* ubi in solo precio
substantiam hujus contractus consistere scribit *arg. l. 3. &*
l. empti. 9. C. de contrah. empt. & l. pacta. 72. ff. eod.
98 His ita generaliter præcognitis, ad explicationem hujus
principii accedendum est propius: in quo Justinianus Imp.
ostendit: emptionem & venditionem contrahi, simul atque
de precio conveniri: quamvis nondum precium numera-
tum sit, & ne arrha quidem data fuerit. Perficitur igitur
emptio solâ precii (quod respectum ad rem habet: precio
quippe res æstimatur; & sine re, quæ veneat, nulla emptio
intelligitur. *l. nec emptio. 8. de contrah. empt.*) conventio-
ne, non numeratione. *l. 2. §. 1. ff. d. tit. de contrah. empt. d. l.*
empti. 9. C. eod. Hujusque ratio illa est: quia hic contractus
fit solo consensu, propter libertatem utilitatemque com-
merciorum, & maximè hujus contractus usitatissimi, &
99 summè necessarii humanæ societati. Unde mutuum, quia
non nuda conventionem sive consensu, sed refit, numeratio-
nem desiderat. *l. certi. 9. §. numeravi 4. ff. de reb. cred. ini-*
zio. tit. supr. quib. mod. re contrah. oblig. & notat hic Giph-
100 *onius.* Consensum autem ejusmodi exigimus, qui volunta-
tem vendendi emendique præsentem, & utriusque contra-
hentium deliberatum & firmum propositum, non vagam
atque incertam orationem, contineat. Itaque non sufficit
de vendendo in futurum concepta conventio: cum aliud
sit venditio, aliud pactum de vendendo. Neque satis erit,
me dicere, quod velim vendere etiam pro certo precio;
nisi & emptor, se pro tanto precio emere velle, dixerit, *glos.*
in l. in vendendis. 13. ibiq. Bald. C. de contrah. empt. Fabian.
de Monte in tract. de empt. & vend. part. 5. principali. n. 51.
Eadem de re consulantur *Mozzius eodem tract. tit. de sub-*
stantialib. emptionis. n. 46. & seqq. Heigius hic n. 3. Vultejus
n. 13. & Hunnius in d. resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2.
101 *quest. 6. pag. 112.* Ratio porrò, cur Justinianus hic dicat,
emptionem per fici etiam sine arrha; hæc redditur: quia
arrha tantum evidentioris probationis causa interponitur,
non ad substantiam obligationis. *l. quod sape. 35. in princ.*
ff. de contrah. empt. & hic in versic. nam quod arrha nomi-
ne datur, &c. Cæterum arrha nihil aliud est, quam præro-
gativa & repræsentatio precii suo tempore persolvendi. Si-
quidem precii & solutionis pars videtur, *ut notat Hotoman.*
hic enunciat. 8. Illamque alii *παρά το ἀρραγές*, quod fir-
mum sive solidum & validum significat, dictam volunt:
quidam ab hebræo arab, quod idem valet, quod spon-
dit, oppignoravit, fidejussorem constituit, deducunt. *Paul.*
Cyprus in tract. de sponsalib. c. 11. §. 3. nonnulli derivant
à re, pro qua datur, *Isidorus lib. 10. Etymolog. c. ult. quem*
citat Borcholt. hic n. 5. Veteres arrham vocabant arrhabo-
nem, *ut indicat Varro lib. 4. de ling. Lat.* fortè à Græco
ἀρραβών, quod D. Lutherus in *Genes. c. 38. v. 17.* ab Hebræ-
is, qui Erabon pignus dicunt, haud dubiè ortum putat:
quem referendo sequi videtur Wesenbecius hic n. 3. Vide
102 *D. Besold. in delib. juris ex lib. 18. ff. quest. 6. pag. 23.*
Et sanè arrhæ dari solent à solo emptore venditori, &
non contra, à venditore emptori. *l. de lege commissoria. 6.*
in princ. & l. fin. ff. de lege commissor. l. contractus. 17. §. ult.
C. de fide instrumentor. & hoc princip. in fin. Sic in sponsa-
libus plerunque sponsus dare consuevit arrhas sponsæ,
non vice versa, *arg. l. si quis officium. 38. in fine princi-*

prii. ff. de ritu nupt. l. si legibus. 16. C. de Episcop. audi-
ent. l. unic. C. si rector provincia, vel ad eum pertinentes
sponsal. dederint. l. 3. & ult. C. de sponsalib. cum similib.
Sed & in locatione quandoque arrha solet adhiberi: cum
illa emptioni sit similis, *initio & §. 3. infr. t. prox.* Atque
nomine arrharum (quæ veluti pignora contracti negotii
reputantur) non nummi tantum dantur; sed etiam aliæ
res; ut aurum, annulus, monile aut quid aliud. *l. 2. C.*
quando liceat ab empt. disced. l. ex empto. 11. §. is qui
vina. 6. ff. de action. empt. l. cuicunque. 5. §. item si in-
stitor. 15. ff. de institor. act. Cujac. lib. 11. observat. c. 17. Co-
varruv. in Epitom. de sponsal. part. 2. c. 3. §. 7. n. 6. Ritters-
hus. hic p. 467. Schar dius in Lexico juridico. lit. A. in verbo.
arrha, &c.

Verum enimverò ex constitutione Justiniani interdum
conventio de precio rei vendendæ, emptionem non per-
ficit, nempe si emptio in scriptis celebretur. Hanc enim
Imperator non vult aliter perfici, nisi scriptum seu instru-
mentum ritè fuerit confectum: omnibusque suis numeris
absolutum, *per hunc textum nostrum. vers. sed hoc qui-*
dem, &c. & l. contractus. 17. C. de fide instrument. At-
que hinc esse videtur, quod Tribonianus hanc clausulam,
sine scriptis, in responsis & constitutionibus veterum non-
nunquam interjecerit, *ut in l. 2. ad finem. ff. de contrah.*
empt. & in l. cum inter. 4. C. de peric. & commodo rei
vend. Notanda autem hoc loco est emptionis divisio,
quâ alia fit sine scriptis: alia in scriptis. Illa (*ut paulo ante*
dictum) perficitur solâ conventionem precii: hæc verò le-
gitimâ confectioe instrumenti. *Acacius Antonius de Ri-*
poll. variar. jur. resolut. cap. 11. n. 32. & seqq. fol. 331.
Et ut instrumentum omnino consummatum, legitimèque
absolutum dicatur, primum requiritur: ut contractus à
Tabellione seu Notario in schedam redigatur, eaque par-
tibus legenda tradatur: deinde ex schedâ in mundum si-
ve chartam puram transferatur, tum à Tabellione sub-
scribatur, & partibus recitetur, ac edatur, nec non ab iis-
dem approbetur. Atque hæc quidem ita obtinent, si in-
strumentum publicè per notarium conficiatur. At si à
Notario non fiat: tunc partes sive contrahentes debent
instrumentum vel manu propria scribere, vel ab alio scri-
ptum subscribere, ut constituit Justinianus *hic, & d. l. con-*
tractus. 17. ubi latè Paulus de Castro, Cod. de fide instru-
mentor. Paria namque sunt; vel manu propriâ scribere
instrumentum, vel se ei manu alterius scripto subscribere,
notante Angelo Aretino hic num. 1. in fine. Censetur e-
nim subscribens contenta in eo approbare; proindeque
sibi æquè præjudicat, ac si totum scripsisset. *arg. l. sicut.*
8. §. non videtur. 15. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.
& l. 1. §. 1. ibi, subscriptionem ff. de constitutionib. prin-
cip. Quod tamen ita demum procedit, si quispiam se sub-
scribat, ut principalis: secus, si subscribat, ut testis. Ta-
lem siquidem subscriptionem non præjudicare, plerique
Interpretes tradunt, *arg. l. si ita stipulatus. 126. §. Chryso-*
gonus. ibiq. Jason. ff. de verb. obligat. l. si pater. 6. & inibi
Gothofred. C. de fidejussorib. Bartol. in d. l. sicut. 8. §. non
videtur. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. Schneiderv.
hic num. 7. & seqq. Cæterum dubitatur, an quis sit ob-
ligatus, quando se subscripsit instrumento, nondum ta-
men perlecto: Quod affirmatur: modò ei de contentis
constet: quod in dubio præsumitur. Si verò eorum noti-
tiam non habuerit: secus est. *l. fin. ibiq. Bald. C. plus va-*
lere, quod agitur, quàm quod simulatè concip. Allegans
tamen ignorantiam, eam probare debet, *Jason. in l. si ita*
stipulatus. 126. §. Chrysogonus. 2. ff. de verb. oblig. Schnei-
devvin. hic num. 10. Richter. d. tract. de contract. disp.
9. th. 2. sub lit. a. pag. 283. Illud hoc loco prætereun-
dum non est: quod si controversia sit de emptione & ven-
ditione inter ipsum emptorem & venditorem, qui negat,
se vendidisse; instrumentum emptionis & venditionis
non probet, nec ex eo ad traditionem rei venditæ agi
possit, si precium in eo non exprimat. At diver-
sum obtinet, si de emptione & venditione non inter
ipsos contrahentes, sed alios, controvertatur. Tunc
etenim instrumento attestanti; venditionem factam
fuisse, creditur; maximè, si principaliter non de pre-
cio, sed de eo, an venditio facta sit, necne, agatur.

Ita sentiunt Bartol. in l. admonendi. 31. n. 33. ff. de iurejurand. Alexand. Castrensis & Jason. in l. si duo patroni. 13. §. Marcellus. ff. eod. t. Alberic. in l. 1. ff. de contrah. empt. & idem in l. sciendum. 30. ff. de verb. obligationib. Romanus consil. 305. n. 8. & ibi Mandosius in additionib. Mudans in l. 2. §. sine precio. n. 5. ff. de contrah. empt. hosq. referens Borcholt. hic n. 12. Et eam rem copiosius explanat Mascardus in tract. de probat. vol. 3. conclus. 1401. n. 8. & seqq.

89 Sanè instrumenta, in quibus precii & solutionis sive numerationis in genere fit mentio, ex generali quadam Germaniæ consuetudine recepta sunt, fidemque faciunt, non solum contra tertium, ad probandum titulum; sed etiam contra ipsum venditorem, & ejus heredem, ad faciendam traditionem rei venditæ, argum. l. certum. 6. ff. de reb. cred. si cert. pet. & quod æquipollentium eadem sit disciplina, idemque iudicium. c. tua nos. 7. ibiq. glos. in verb. æquipollentibus. ext. de consanguinitat. & affinit. c. licet ex quadam. 47. §. testes autem de testibus. l. Julianus ait. 45. ff. de condit. & demonstrat. & l. si mater. 3. ibidemq. glos. in verb. sua causa. C. de institutionib. & substitutionib. Andr. Gail. lib. 2. observat. n. 12. & seq. ubi in Camera Imperiali sapius ita pronunciatum fuisse, affirmat.

90 Porro subjungit Imp. Justinianus hic in vers. ita tamen impune, &c. quod emptione nondum perfectâ (puta si vinum veneat, ut degustetur, vel saltem de re convenerit, & nondum de precio) sive in scriptis, sive sine scriptis celebranda suscepta sit, emptor nolens adimplere & perficere contractum, amittat arrhas datas: venditor autem recusans adimplere venditionem, duplicatas arrhas emptori restituere obstringatur. Idem dicitur in l. contractus. 17. ad finem. C. de fide instrumentor. & jure renovato Wirtembergico, part. 2. tit. 9. §. Ob und wann die contrahenten, &c. vers. doch wo ein Arrha, &c. fol. 270. Sic & in sponsalibus, cum per sponsum stat, quod minus nuptiæ sequantur, ipse arrhas perdit: cum verò stat per sponsam, ipsa in duplum arrhas reddere tenetur. l. 3. & l. ult. C. de sponsalib.

91 At quid de emptione perfectâ statuendum? nunquid sola arrharum jactura sive dispendium, earumvè duplicatarum restitutio illam annihilabit? Ita sanè non pauci opinantur. Odofredus, Salicetus & Sichardus in d. l. contractus. 17. §. illud. C. de fide instrument. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 18. Zasius lib. 2. singul. respons. cap. 24. hosq. allegans Fachinus lib. 2. contrav. jur. cap. 28. vers. sed mihi magis probatur, &c. Treutler. vol. 1. disp. 28. th. 8. lit. B. Et hanc opinionem communem perhiberi, ait Emanuel Soarez in thes. recept. sentent. in verb. arrhas. n. 274. & Fomannus disp. 22. th. 9. ad lit. Sed melius rectiusque judicant, qui perfectâ prorsus & absolutâ emptione, pœnitentem sive recedentem à contractu non arrharum solum multâ & damno puniunt: verum etiam si procaciter perseveret, in id, quod interest, condemnant, arg. l. 1. & l. pradia. 28. ff. de actionib. empt. l. si traditio. 4. C. d. t. Haud enim debet arrharum interventus vinculum contractæ semel obligationis dissolvere: cum maximè confirmandæ probandæque venditionis gratiâ illæ sint adhibitæ. l. quod sape. 35. in princ. ff. de contrah.

92 empt. Et si absque arrhis perfectâ emptione, ab eâ, alterutro contrahentium invito, recedere non fas est, ne quidem Principis rescripto. l. de contractu. 3. l. non est probabilis. 6. & l. ratas. 7. C. de rescind. vendit. l. 2. C. quando liceat ab empt. disced. l. sicut. 5. C. de obligat. & actionib. multo utique minùs à perfectâ emptione discedere integrum erit, si non tantum nudo consensu, sed & insuper

93 arrhâ datione firmata sit. Nam quod ad augendum indutum, & ad corroborandum additum est: diminutionem operari, aut in illius infirmationem vergere non debet. arg. l. legata inutiliter. 19. in princ. ff. de legat. 1. l. si mancipia. 19. circa princ. ff. de instrum. & instrum. legat. l. si se non obtulit. 4. §. si ex conventionem. 4. ff. de re judicat.

94 Nec huic reluctatur sententiæ præsens textus noster, & d. l. contractus. 17. C. de fide instrument. Quibus ex locis Adversarii evincere conantur; arrhâ interveniente, sub solâ ejus amissione invitâ etiam alterâ parte, alteri ab em-

ptione perfectâ recedere licitum esse. Quod enim illic de amissione arrharum assertur: de contractu necdum perfecto exaudiendum est; ut puta, si emptio in scriptura celebrata sit, quæ nondum à contrahentibus subscripta, vel à Notario in mundum redacta est: quæ emptio adhuc imperfecta censetur. Hoc ergo demum casu, solâ arrharum jacturâ, ab emptione resilire licet. Id quod perspicue ex hoc principio nostro probatur, ubi Imperator ita loquitur: Donec aliquid deest ex his, & pœnitentia locus est, & potest emptor vel venditor sine pœnâ recedere ab emptione & venditione: ita tamen, nisi jam arrharum nomine aliquid datum fuerit. Ex quibus certè verbis manifestissimum evadit; ibi de contractu adhuc imperfecto agi: præsertim cum mox nominatim hæc subdantur verba: Is, qui recusat adimplere contractum, &c. Quæ verba itidem non nisi de contractu imperfecto accipi possunt. Sed & in d. l. contractus. 17. ad finem. ista clarissima verba leguntur: Qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum arrhas reddere cogatur, &c. Quare quousque complementum emptioni non accesserit, ab eâ discedere sub solo arrharum dispendio licebit. Neque solutioni isti quicquam detrahit, quod Imperator ab initio hujus principii loquatur de perfectâ emptione; & in versic. hoc enim subsequuto &c. de venditione celebratâ: & quod arrhæ frustra dentur ante perfectam emptionem: cum argumentum sint emptionis & venditionis contractæ sive perfectæ, per hunc textum nostrum. Nam Imp. quidem Justinianus hic initio loquitur de emptione perfectâ & contractâ: sed in vers. seq. eum de emptione necdum perfectâ loqui, ex verbis ipsius textus satis relucet. Quod autem in d. vers. hoc enim subsequuto, &c. subjicitur de emptione & venditione celebratâ; hoc non potest accipi de emptione omnimodo perfectâ; sed potius de emptione celebranda sive perficienda suscepta; id quod promptum est colligere ex verbis immediate subsequentibus, quæ (ut modò monuimus) apertissimè agunt de contractu adimplendo, seu de illo contrahente, qui recusat adimplere contractum. Præterea id, quod arrharum nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ sive perfectæ, si modò illæ emptioni jam perfectæ accesserint. At si emptioni nondum perfectæ adhibeantur: tunc ad hoc proficiunt, ut alter cogatur contractum perficere & consummare; nisi malit arrhas amittere; aut venditor est, duplum præstare, ut hic dicitur in fin. & in d. l. contractus. 17. circa fin. C. de fide instrument. Atque ita sensisse Johannem & Bulgarum, Glossatores veteres, indicat Azo in summa C. de contrah. empt. n. 17. in fin. Ita quoque sentiunt Cynus & Albericus in d. l. contractus. 17. §. aliud. C. de fide instrument. Marcellus & Wesenbec. hic n. 6. & in paratit. ff. de contrah. empt. n. 9. Bronchorst. cent. 2. in vavrio pavov. assert. 54. edit. 2. Arumans Exercit. Justin. 14. th. 9. & disp. ad Pand. 13. q. 3. Timæus Faber disp. annivers. 24. ad Instit. Imperial. th. 2. Linglois decis. Justin. 15. quest. 11. n. 1 fol. 170. Bachovius hic n. 1. p. 79. & in notis ad d. vol. 1. Treutleri, disp. 28. th. 8. lit. B. pag. 1079. Martin. Rœmelin. exercit. 5. ad Institut. th. 2. ad lit. b. pag. 130. Hackelman. disp. 11. th. 9. lit. b. Olemannus ad disp. 28. Giphani n. 21. & seq. Haenonius disp. 16. controvers. 5. Andr. Gerhardi Decad. 14. q. 6. Matth. Stephani cent. 3. q. 69. Heigius ad §. in iis autem. hoc tit. n. 7. & novissimè Hunnius disp. 16. th. 9. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 9. Eadem de re consulantur Bartolus in l. 1. §. unde queritur. n. 8. ff. de publicanis & vectigalib. Fabianus de Monte in tract. de empt. & vend. in §. q. princip. n. 69. cum seq. Ungenpaur exercit. Justin. 12. quest. 2. pag. 439. cum seq. edit. ult. & Oldendorpius class. 4. act. 2. sub tit. affinia remedia pag. 513. ubi notat, quod licet adversus venditorem resilientem à contractu actum fuerit de duplicandis arrhis: nihilo tamen minùs agi possit ex empto ad id, quod interest: ita scilicet, ut arrharum computatio in posteriore condemnatione fiat. Atque hanc ille sententiam veriore esse asserit, contra opinionem communem, per textum in l. 3. ff. de testament. milit. ubi militari beneficio non renunciat, qui jure communi testatur. Planè cum arrhâ ad substantiam emptionis non pertineat; sed tantum ejus sit symbolum sive indicium & argumentum, hoc principio, & tractum supr. n. 95. idcirco si emptio & venditio

perfecta implerique fuerit, nec ab ea recedatur; artha imputatur venditori in precium, si in nummis consistat, & nondum solutum sit precium. *l. ult. ff. de lege commissor.* Sin vero consistat aliis in rebus, quam nummis; vel etiam in his consistat, sed precium numeratum sit: repetitur artha, & quidem vel actione ex empto, vel condictione sine causa: quia jam sine causa apud venditorem est annulus, respondente Ulpiano in *l. ex empto. 11. §. 15. qui vina. 6. in fin. ff. de actionib. empt. l. 3. ibiq. Gothofred. C. cod. Borch. hic n. 6.* Vide Hardevvigum à Dassel *consil. 28. lib. 1.* huncque referentem Dn. Besoldum in *thesauro pract. lit. H. n. 4. pag. 370.* & Locamerum *quest. jurid. fascic. 38. q. 3.*

98 Quandoquidem autem mutuo, soloque emptoris & venditoris consensu hic contractus perficitur, ut aliquoties monitum est supra n. 15. 78. & seq. planum & evidens inde fit, quod furiosus, aut mente captus, qui consensum non habet, illum celebrare non possit. *l. 2. C. de contrah. empt. §. sed & mente captis. 4. supr. de curatorib. l. 1. §. furiosum. 12. ff. de oblig. & act. l. in negociis. 5. & l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* Caterum dilucidi intervalli vel intermissionis tempore, quo resipiscit, furiosum majorem viginti quinque annis, venditiones & alios quoslibet actus & contractus posse facere, non ambigitur. *d. l. 2. C. de contrah. empt. ibiq. Donell. n. 3. l. furiosum. 9. C. qui testam. fac. poss. l. Divus. 14. ff. de offic. presid.* Quanquam in dubio furiosus (maximè si per aliquod tempus continuum, puta per mensem vel annum talis fuerit) in furore perseverare præsumatur, secundum glosin c. cum dilect. 3. in verb. compotem ext. de successionib. ab intest. & can. indicas. 13. caus. 3. q. 9. Gomez. tom. 3. var. resol. c. 1. n. 71. Covarruv. in epitom. de sponsalib. part. 2. cap. 2. n. 6. Mascard. vol. 2. de probationib. conclus. 825. ubi pluribus relatis auctoritatibus, rem istam latissime explicat. Sanè cum dubitatur, utrum contractus sive actus à furioso celebratus & gestus, fuerit factus tempore furoris, an verò tempore intermissionis furoris, inspicendum quidam autumant: utrum actus iste more sapientis gestus fuerit, an non. Priori casu præsumunt; furiosum eo tempore, quo actus gestus est, furiosum haud fuisse: posteriori non item. *arg. l. his, qui. 12. §. 1. ff. de tutor. & curat. datis ab his, & c. Bald. in d. l. furiosum. 9. G. qui testam. fac. poss. Thomas Grammat. consil. 128. n. 25. idem in decisionib. Neapolitanis. decis. 73. n. 38. Hippolyt. de Marsil. singul. 380. hosq. referens Borcholt. in Comment. de verb. obligat. c. 3. num. 51.*

101 Quod porro dictum est, furiosum non habere consensum: ei nequiquam obstat Ulpiani responsum in *l. 2. §. voluntatem. vers. & Julianus, & c. ff. solut. matrim.* ubi filia furiosa accomodat voluntatem suam patri, ut soluto matrimonio experietur & agat, de recuperanda dote: qui inrentare actionem sine filiae consensu non posset, ut patet ex *d. l. 2. §. 1. vers. deniq. pater, & c.* Ergo filia furiosa consensum habet. Hoc, inquam, responsum nequiquam obstat. Quia quemadmodum lex fingit eum, qui ab hostibus reddit, captum non fuisse, contra veritatem. *l. postliminii. 5. §. 1. d. retrò. 16. & passim ff. de captivis, & postlim. revers. ita lex filiam furiosam consentire fingit, utilitatis causa: quæ tamen propter furorem non consentit, ne tacite quidem. Necessaria autem ideo videtur ista fictio esse: quoniam aliter filia consuli commodè non potest. Neque enim curator, cujus voluntatem pater requirat, illi potest dari: cum pater ipse filia, quam in potestate habet, sit loco curatoris. *l. ult. in princ. C. de curatore furiosi. Sed videantur Bartol. n. 4. & Duarenus ad d. l. 2. §. voluntatem. ff. solut. matrim. itemq. Petr. Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. in premiss. n. 71. ubi & aliorum resolutiones adducit.**

102 Nihil quoque obstat hoc argumentum: Filius & servus in potestate patris & domini constituti, nequeunt sine eorum jussu adire hereditatem: ne aliàs pater & dominus invitati, æri alieno, quod ex hereditatis additione contrahitur, obligentur. *l. qui in aliena. 6. & l. si quis mihi. 25. §. jussum. 4. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Atqui servus furiosus, & ejus filius adire hereditatem possunt. *l. furiosus. 63. ff. eod.* Ergo furiosus consensum additioni, per servum vel filium suum factæ, præbere potest. Nihil, inquam, obstat hoc argumentum. Quoniam dominus furiosus non accomodat filio vel servo voluntatem sive assensum, ut hereditatem adire queant. Filius siquidem furiosus eam adire volun-

tate suâ, perinde ac si paterfamilias esset. *l. cum heres. 25. in princ. ff. de acq. vel omitt. heredi.* Servus verò non adit jussu furiosi, sed curatoris illius, Morla *d. t. 9. in premiss. n. 74.*

Minus refragatur *hinc eo jure. 45. §. deinde ait lex. 5. ibi, 204 rectius enim hic invitatus dicitur, quam qui dissensit. ff. de ritu nupt.* ubi dum Ulpianus furiosum appellat invitum sive nolentem, non obscure eum voluntatem ac consensum habere indicat: cum ejus sit nolle, qui potest velle, juxta tritam juris regulam. *l. 3. ff. de reg. jur.* Nam illic patronus accipitur invitatus, qui ex se, & per se non consentit. Unde cum furiosus, seu ignorans non possit consentire in effectu: invitatus dicitur, & quidem magis sive rectius invitatus quam qui dissensit: quandoquidem hic mutata voluntate statim consentire potest: ille verò in statu furoris & ignorantia nullo modo consentire potest. Nihil quippe tam contrarium est consensui, quam error & ignorantia. *l. si per errorem. 15. ff. de jurisdict. omn. judic. l. 2. in pr. ff. de judic. l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur.*

Præterea non adversatur hæc argumentatio: Naturalis obligatio ex nudo consensu perficitur. *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib.* At furiosus naturaliter obligatur: quia pro eo fidejussor (qui omni obligationi accedere potest. *§. 1. supra de fidejussorib. l. 1. ff. eod.*) utiliter intercedit. *l. Marcellus. 25. ff. de fidejussorib.* Igitur furiosus consentit. Non, inquam, hæc argumentatio adversatur. Etenim, variis aliorum explosis traditionibus, secundum Morlam *d. tit. 9. in premiss. n. 81.* distinguendum est: quod duplex sit obligatio, alia, quæ ex re ipsa inducitur; alia, quæ ex consensu suboritur. Exempla obligationis, quæ inducitur re ipsa, referuntur à Paulo Jurisconsulto in *l. furiosus. 46. ff. de oblig. & act.* veluti si habens mecum domum communem, reficite ejus communem parietem: atque ita in rem meam impendit: vel si furiosus patri naturaliter & civiliter obligato, suus & necessarius heres extitit: sicque ei opus non fuit, ut hereditatem acquireret auctoritate curatoris. His casibus, ubi non ex consensu, sed ex re obligatio inducitur, rectè obligatio in furiosum cadit, ut apparet ex *d. l. furiosus.* proque eo fidejussor obligatur, per textum in *l. si a reo. 70. §. si a furioso. 4. ff. de fidejussorib.* ubi distinctio ista hæc satis comprobatur, secundum quam intelligenda est *d. l. Marcellus. 25. ibi, obligato. ff. eod.* ut exaudiatur eo de casu, quo fidejussor potest obligari, id est, quando obligatio inducitur re ipsa. Longè autem secus est in obligatione, quæ proficiscitur ex consensu: in qua furiosus ne quidem naturaliter obligatur. *l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. oblig. ubi vide Cuiac. & Duaren. item Bronchorst cent. 4. in casu Qavær. assert. 55. nec non Francis. de Caldas in l. si curatorem habens. 3. verb. cum non absimilis. n. 23. C. de in integr. restitut. minor.* Eadem de re vide quoque Hunnium in *resol. ad Trentl. vol. 2. disp. 2. quest. 12. pag. 133. & seq.*

Planè cum ex prædictis evidentissimè constet; emptione & venditione absq; libero & mutuo contrahentium consensu celebrari haud posse: ex eo deprehendere promptum est, quod nemo invitatus cogi queat rem vendere aut emere, ne quidem à principe. *l. nec quasi Publicianam. 70. ff. de rei vindicat. l. non enim aquum 9. ff. de act. rer. amotar. l. id quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. l. invitum. 11. l. in vendentis. 13. & l. dudum. 14. C. de contrah. empt. l. nec emere. 16. C. de jure deliber. l. invitatus. 11. C. de locato. l. nemo externus. 9. C. de judais. l. possessores. 12. C. de fundis patrimonialib.* Hancque assertionem non infringit *l. si cui legatur. 49. §. penult. & ult. item l. & si a quo precio. 66. ff. de legat. 1.* quibus in locis expressum est, quod heres fundum vendere cogatur. Nam ideo heres ibi compellitur fundum vendere legatario: quia testator damnaverat heredem, ut ei fundum venderet. Et si heres jussus vel damnatus est, ut vendat fundum certo viliori precio: utile est legatum, & emolumentum adfert legatario: heresque necesse habet tanti vendere, quanti damnatus est. *d. l. si cui legatur. 49. §. fin. ff. eod.* Quod si heres damnetur vendere simpliciter: intelligitur damnatus vendere justo precio. *d. l. 49. §. penult.* Quod si verò damnetur sive jubeatur vendere justo & æquo precio: nihilominus legatum utile erit: quoniam plerunque legatarii interest eam rem habere, vel vicinitatis causa, vel quia fuit majorum suorum, vel alia de causa. *d. l. & si a quæ. 66. ff. de legat. 1.* Sed & observandum est: non

- non cogi absolute & simpliciter heredem rem aliquam emere vel vendere: cum repudiare possit hereditatem; eaque repudiata evitare necessitatem subeundorum onerum hereditariorum, sibi que a testatore impositorum, ut & legatorum praestandorum. Quod si vero heres adierit hereditatem: tenetur quidem morem gerere defuncto, & voluntatem ejus adimplere: atque ad hoc ex aditione hereditatis obligatur: sed obligatur volens, non invitus: quia hereditatem non nisi voluntate sua adit. §. *item extraneus*. 7. *supr. de hered. qual. & different.* Hereditatem adiendo simul omnia commoda & incommoda hereditaria; ac proinde etiam onera legatorum voluntate sua suscipit. l. 1. §. 3. ff. *de bonor. possessionib.* Unde dicitur heres videri contrahere, cum hereditatem adit. l. 3. *in fine.* §. 1. *seq. ff. quib. ex caus. in possess. eatur.* Volens ergo, ut dictum, obligatur heres, ut emat, vel vendat, non invitus. D. Hunn. d. *resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 19. pag. 144.*
- 113 Eandem conclusionem non debilitat l. *communi dividundo*. 7. §. ult. ff. *communi divid.* §. l. *Julianus*. 13. §. *idem Celsus*. 17. ff. *de actionib. empt.* ex quibus evincitur, quod invitus quis partem fundi comparare sive emere compellatur. Emptor enim in casuistarum legum idcirco partem alteram fundi emere cogitur: quia venditor suam partem antea ideo vendidit, quod in fundi communione amplius esse nollet. Communio quippe mater discordiarum perhibetur. l. *cum pater*. 7. §. *dulcissimis*. 20. *in fin. ff. de legat. 2. l. in re communi*. 26. ff. *de servit. praed. urb. l. sancimus*. 34. §. *ne autem communione*. C. *de donationib.* Proindeque si conveniat, ne unquam divisio fiat: hujusmodi pactum sive conventionem nullas vires obtinere manifestissimum est, teste Paulo in l. *in hoc judicium*. 14. §. *si conveniat*. ff. *communi divid.* Et cum communi dividundo judicio pars fundi venditori obvenit: illam emptor invitus emere cogitur, actionem empti ad partem, quam emit, non habet. d. l. *communi dividundo*. 7. §. ult. ff. d.
- 114 *tit.* Quin & emptor in specie objectarum legum etiam partem, venditori adjudicatam, ab initio volens emisse intelligitur, seu volens se obligasse in id, ut eam quoque adjudicatam partem acciperet. Etenim cum emptor aliquid emit: obligatur non tantum, ut commoda; sed etiam omnia incommoda, ex re empti proficiscentia, suscipiat. §. *cum autem*. 3. *infr. hoc t.* At cum pars socii adjudicatur venditori: haec adjudicatio est ex beneficio & incommodo partis venditae. d. l. 7. §. ult. *vers. nam & si partem*. ff. *communi divid.* Proinde hanc partem adjudicatam emptor accipit volens: quia se in id primo volens obligavit; non autem invitus, nisi ex post facto. Praeterea attendendum est: in specie propositarum legum emptorem cogi partem venditori adjudicatam accipere, non ut emptam, sed ut rei emptae accessionem: ideoque non posse dici, cum invitum istam partem emere, quam simpliciter non emit. Accipit igitur invitus, sed eodem modo, ut partem a se emptam acciperet, in quam scilicet consensisset. Et ut in principalem rem consentit: sic & in ejus rei accessiones consensisse censetur. Hunn. dicto loco.
- 116 Rursus non evertit pronunciatum nostrum l. *de precatio*. 9. ff. *ad l. Rhod. de jact.* §. l. ult. C. *de quadrienn. praescript. cum similibus*: in quibus traditur, Principem rerum & bonorum totius mundi universalem dominum esse: ac proinde de bonis privatorum pro arbitrio suo dispo- nere, & consequenter aliquem invitum ad venditionem rerum compellere posse. Etenim Princeps sive Imperator dicitur totius mundi dominus, quoad defensionem, protectionem & generale imperium: sed non quoad plenum dominium & proprietatem rerum privatarum. Ideoque quae privatus quisque possidet, Principis sunt nudo imperio; singulorum vero, proprietate ac dominio. Cost. *ad l. item si verberatum*. 15. n. 6. ff. *de rei vindicat.* Pruckman. in *tr. de regalib.* §. *soluta potestas*. c. 3. n. 117. Et hanc rem uberrime explicui supra ad *pr. tit. de rer. div. n. 112. & aliquot subsequentib.*
- 117 Adhuc minime enervat decisionem praefatam l. 2. C. *de communium rer. alienat.* ubi ab Imp. Antonino rescriptum est: valere venditionem, si fiscus rem communem, invito socio, alienavit. Siquidem cum a privato res

communis alienatur sive distrahitur: alteri socio in emptorem competit rei vindicatio, per quam partem suam evincit: & parte evicta, datur emptori in venditorem actio ex empto in id, quod interest. l. *fin. C. eod. t.* Verum ab hac sententia fiscus, ut facilius emptorem inveniat, excipitur: qui rem communem, invito socio, licite alienat: tuncque socio pars precii servatur, quam petit actione utili ex vendito, quasi ipse vendidisse videatur, quod fiscus vendidit. At rem ipsam socius ab emptore nullo modo revocare potest. l. 2. C. d. t. §. l. *un. C. de vend. rer. fisc. cum privatis communium lib. 10.*

Haud quoque effatum nostrum imminuit, §. 2. v. *sed* 118 & major asperitas *sup. de his, qui sui vel alieni jur. sunt.* §. l. 2. ff. *eod.* ubi disertè disponitur, quod domini, qui asperius tractant servos suos, eos vendere cogantur. Invitus namque rem suam distrahere nemo cogitur, sine justa videlicet & probabili causa. Ceterum si probabilis & justa causa fuerit, utilitasque publica postulaverit: ad vendendam rem suam justo precio quisque adigi poterit. d. §. 2. *vers. expedit enim Reipublica*, & c. arg. l. 2. ff. *de nundin. l. si quis sepulchrum*. 12. *in princ. ff. de religios. & sumpt. funer. l. unic. §. hac autem omnia*. 14. *vers. sed quod communiter*. Cod. *de caduc. tollend. l. venditor*. 13. §. 1. ff. *communia pradior. l. 2. C. pro quib. caus. servi pro premio libertatem accip. & l. utilitas*. 3. C. *de primipilo*. Martin. Bonacina. d. *tract. de contractib. & restit. disp. 3. q. 2. punct. 2. num. 28. pag. 388.*

Nostrum denique dogma infirmat neutiquam l. 1. C. *de* 119 *Episcopali audient.* ubi cum statuitur, quod providere debeant Episcopi, ne negotiatores sive mercatores ultra justum precium vendant res ad victum necessarias: inde facile colligitur, cogi posse mercatores, ut ea, quae ad victum pertinent, justo precio vendant. Nam regulariter dominus ad res suas vendendas cogi nequit: verum inter ceteros iste maxime excipitur casus, quo Respublica vel civitas inopia annonae laborat. Tunc enim licet mercatores res victui necessarias venales non exponant: tamen compelli possunt ad vendendum justo & moderato precio, à Principe vel magistratu definito: ne quis res, ad victum & alimoniam hominum perquam necessarias, gravissimo precio pro libitu vendat, adeoque pauperes in summam necessitate positos nimium exhauriat. Hucque conferunt l. 1. §. *curacarnis*. 11. ff. *de officio praefecti urb. & l. 2. in princ. C. ut nemini liceat in empt. specier. se excus.* Mynsinger. cent. 5. *observat.* 27. Bronchorst. cent. 2. *exart. 110* *Q. v. assert.* 63. *edit.* 2. Borcholt. part. 2. *disp. de contrah. empt. proposit.* 14. *pag. 465. & 468.* Hanon. *disp. 16. controvers.* 4. Pfeil. *consil.* 190. Lud. Molina *tract.* 2. *disp. 341.* Petr. Gregor. Tholosan. in *syntag. jur. lib. 36. c. 30. n. 4. 10. & seqq.* Tiber. Decian. in *tract. crim. lib. 7. cap. 22. n. 8. & seqq.* Gomez. lib. 2. *var. resol. cap. 2. n. 51.* Petr. August. Morla in *empor. jur. utriusq. part. 1. tit. 9. q. 1.* Et huc spectant, quae docuimus infra ad §. *sunt praeterea*. 11. n. 22. & aliquot sequentib. *tit. de public. judic.* Quamvis non desint, qui autumant, cogi posse ali-

quem tenapore necessitatis vendere rem, etiam minus justo precio. Bartol. in d. l. 1. §. *curacarnis*. ff. *de offic. praefecti urb. huncq. referens Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. 3. quest. princip. n. 40. per l. 2. §. 2. ff. ad leg. Rhod. de jact.* Idque commune placitum ait Benedictus de Capra reg. 87. n. 21. Eadem de re videatur Ant. de Petra in *tract. de potest. Princip. in 7. quest. princip. declarat.* 7. *casu 14.* eumque referens Dn. Georgius Acacius Enekel. lib. 3. *de privil. c. 6. n. 27. & seqq.* Itemque Petrus Francisc. Linglois *decis. Justin.* 15. *quest. 9. fol. 166. ubi plures casus recenset, quibus aliquis rem suam vendere cogitur.* Adde Doct. Martam tom. 3. *digestorum novissimo. tit. emptio. c. 80. & seqq. fol. 152. nec non D. Besoldum in delibatis jur. ex libr. 18. ff. quest. 1. pag. 13. & seq.*

Bellè & convenienter hic quaeri potest: ecquid vendi- 121 tio, inter Medicum & agrotum sive infirmum periculosi morbi tempore contracta, valeat? Et cum agrotus timore mortis & impressione quadam potius, quam liberam voluntate contraxisse censeatur, contractum istum haud subsistere, non malè docuit Hieronymus Treutler. vol. 1. *disp.*

disput. 28. thes. 3. sub lit. b. citans ad hoc Alciatum lib. 2. Parerg. c. 39. Hæcque sententia probatur per manifestum textum in l. si Medicus. 3. ff. de var. & extraord. cognit. ubi Ulpianus hunc in modum respondit: Si Medicus, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, compulit; ut ei possessiones suas contra fidem bonam ager venderet: incivile factum Praeses provinciae coerceat, remque restitui jubeat. Accedit textus in l. archiatri. 9. Cod. de Professorib. & Medicis. ubi Imp. Valentinianus & Valens rescripserunt: Archiatros ea posse accipere, quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea, quæ periclitantes pro salute promittunt. Facit quoque huc non parum l. 122 quisquis 6. §. præterea. 2. C. de postulando. Quâ lege quem admodum prospectum est, ne durante lite inter Advocatum & clientem ullus contractus aut pactio fiat: ita & inter Medicum & ægrotum statuendum esse videtur; ne propter vitæ periculum, quod ægrotus metuit, contractus aliquis ab illis ineatur. Ex quibus omnibus satis elucescit: venditionem gravioris morbi tempore inter Medicum & infirmum contractam, plane irritam nullamque esse. Facit etenim actum nullum, qui facit contra legem prohibentem, l. jubemus. 10. C. de sacrosanct. Eccles. l. non dubium. 5. C. de legib. Decius consil. 502. Alberic. Gentil. lib. 4. de nuptiis. c. 7. latè Alex. Trentacinius lib. 1. resol. variar. Resol. 1. de legib. n. 3. & seqq. Eoque conferunt, quæ tradidit Bachovius in suis notis ad d. vol. 1. Trentler. disp. 6. th. 7. lit. C. pag. 247. Sed videantur Panormitanus in c. quia plerique. 8. n. 34. de immunitate Ecclesiar. Antonius de Burgos. in c. cum causa 6. n. 25. de empt. & vendit. & cum aliis, à se allegatis. Fachinus lib. 2. controvers. jur. c. 25. Qui communem dicunt esse sententiam; quod venditio ab infirmo ipsi Medico facta, rescindatur officio judicis, quantumvis ultra dimidium læsio non intervenerit. Vide tamen in contrarium probabiliter disputantem Hunnium in resol. ad Trentl. vol. 2. disp. 2. quest. 18. pag. 143.

124 Enimverò reperiuntur nonnulli, qui licet consentire valeant; tamen emptionem & venditionem inter se contrahere nequeunt. Primò enim aperti juris est, inter patrem & filium familias emptionem & venditionem contrahi non posse: nisi de castrensibus, vel quasi castrensibus (in quibus filius familias habetur loco patris familias. l. 2. ff. ad senatuscons. Macedon.) & adventitiis bonis, in quibus pater usumfructum non habet. l. 2. in princ. ff. de contrah. empt. l. ult. §. ipsum autem filium. §. vers. filiis autem familias C. de bonis, qualibetis, &c. Bartol. in l. frater. 38. n. 5. ff. de condict. in deb. Gomez. tom. 2. variar. resolut. c. 2. n. 2. Ratio autem, cur inter patrem & filium iste contractus iniri nequeat, videtur potissima esse illa, quam Paulus Jurisconsultus (tametsi in alio casu) reddit: quoniam nimirum natura rei sit impedimento: quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possimus. l. nec cum filio familias. 16. ff. de furt. Vult. in hoc princ. n. 60. Eaque de re eleganter dissertat Illustris Dn. Georg. Acac. Enenkel. in tract. de privil. parent. & liber. privil. §. n. 1. & 13. nec non Hunnius d. resol. ad Trentler. vol. 2. disp. 2. pag. 135. & seqq. Secundò tutor & pupillus, itemque curator & adolescens emptionis & venditionis contractum inter se iniri non possunt. l. si in emptione. 34. §. ult. ff. de contrah. empt. Nisi vel auctore contutore aut concuratore, vel palam & bonâ fide, veluti justo precio & quidem ex comprobatione judicis atque conjunctorum, de necessitate contractus, & commodo pupilli vel adolescentis deliberantium, emptio & venditio de his, quæ distrahi possint, perficiatur. l. pupillus. §. §. item ipse tutor. & §. §. seqq. ff. de auctor. & consens. tutor. & curat. l. cum ipse. §. C. de contrah. empt. & inibi in Rubric. Schar. d. n. 1. Fürstl. Württemberg. Landsordnung/pag. 80. tit. Der fahrenden

126 Haab. re. §. Wo auch die Pfleger. &c. Neque etiam tutor vel curator rem pupilli vel adolescentis immobilem, sine necessitate & decreto Judicis sive Magistratus, vendere potest. l. non solum. 4. l. minorum. 6. l. si minor. 15. l. si prædium. 16. & tot. tit. C. de prædiis, & aliis reb. minor. sine decreto non alienand. l. lex, quæ tutores. 22. C. de administrat. tutor. vel curat. latè Simoncellus in tract. de decret. in contractib. minor. adhibend. libr. 3. tit. 8. Fachin. libr. 3. con-

rovers. jur. cap. 2. & 3. Tertiò procurator, etiam totorum bonorum; & qui negocia gerit aliena, rem ipsius domini, absque ejus speciali mandato vendere nequit. d. l. si in emptione. 34. §. fin. ff. de contrah. empt. l. procurator, totorum. 63. ff. de procuratorib. nisi generale mandatum, cum liberâ plenaque rerum administratione habuerit. l. procurator, cui generaliter §. 8. ff. d. tit. D. Collega Bocer. clas. 1. disp. 4. thes. 24. Johan. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 1. ad lit. h. pag. 440. in fine. Quarto is quoque, qui provinciam administrat, à provincialibus aliquid emere prohibetur. l. non licet. 46. & l. qui officii. 62. ff. de contrah. empt. nisi perpetuus Magistratus fuerit. arg. l. præsidis. 34. junctâ l. principalibus. 37. ff. de reb. credit. si cert. pet. ibiq. Duaren. cap. 4. Verum illud hodie non observari, testatur Cachetanus, decis. 144. n. 14. quem refert & sequitur Ortolphus Fomannus disp. 22. thes. 7. sub lit. c. in fin. Sed & videatur Bachovius in Notis ad d. vol. 1. Trentler. disp. 28. th. 3. lit. A. & B. pag. 1067. itemque ibidem Hunnius in suis resolut. ad vol. 2. disp. 2. pag. 140. & seq. ubi distinctionem istam, inter magistratum perpetuum & temporalem, reprehendit. Porro de ementium & vendentium personis plenissimè exactissimèque dissertant Fabianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quest. 3. princip. per tot. Petrus Nicol. Moz. in tract. de empt. & vendit. sub tit. de personis, quæ possunt emere, vel non. pag. mihi. 397. cum seqq. & Donellus ad tit. C. quæ res venire non possunt, & c. cap. 2.

§. Pretium autem. I.

Pretium autem constitui oportet: Nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit: ut quotiens sic composita sit venditio, quanti ille æstimaverit, sub hac conditione stare contractus: ut si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit: tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire: tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuit: non est absurdum & in locationibus & conductionibus trahere.

S U M M A R I A.

- 1 Pretium unde, & quid dicatur.
- 2 Pretium ad emptionem omnino necessarium.
- 3 Quæ pretii sint nota sive qualitates.
- 4 Quod pretium constet certum.
- 5 Verba non sunt capienda, sed mens inspicienda.
- 6 Verba secundum subjectam materiam accipienda.
- 7 Conciliatur l. fin. ff. de condict. caus. dat. caus. non secus cum l. naturalis. §. §. 1. ff. de præscript. verb.
- 8 Sententia l. planè. 34. §. 4. & similitiam ff. de legat. 1.
- 9 Venditio eritici, vini, vel alterius rei potest fieri pro pretio, quo communiter talis res in foro publico vendi solet.
- 10 Utrum venditio valeat si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti empti sit.
- 11 Sensus l. 1. §. 1. ff. de legat. 2.
- 12 Ultima voluntates plenius interpretanda.
- 13 An valida sit emptio, si contrahentes impersonaliter dixerint, quod electuri sint tertium, à quo pretii nomine concordetur, &c.
- 14 Emptio non subsistit si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur.

- 15 *Venditio valet, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii: huiusmodi ratio.*
 16 *Ex diversis nihil inferitur.*
 17 *Intellectus l. in personam. 22. §. 1. ff. de reg. iur.*
 18 *Num in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter invicem se circumscribere.*
 19 *Nemo cum alterius iactura fieri debet locupletior.*
 20 *Ius est ars boni & aequi.*
 21 *Quae circumventio sit licita.*
 22 *Societas humana sine contractibus conservari nequit.*
 23 *Omnium animus est, vili emere, carè vendere.*
 24 *Expositio l. 1. §. 2. ff. de adilic. edict.*
 25 *Ob immodicam laesionem contractus rescinditur.*
 26 *Deceptio malitiosa non est, quae à machinatione & fraude abest.*

Pretium, quasi peritium dictum, quod à solis peritis statuatur, nihil aliud est, quam materia formae publicae percussae, emptionis sive aestimationis causa constituta. l. 1. in princ. ff. de contrah. empt. & ex Varrone notant Borcholt. ad principium huius. t. n. 1. & Horomannus hic enunciat 3 in fine. De eo autem quatuor praecipue hoc in titulo Justinianus Imperator affert. I. Emptionem perfici solam conventionem de pretio. II. Nullam emptionem sine pretio esse posse. III. Pretium certum ac determinatum esse debere. IV. Pretium debere consistere in pecunia numerata. De primo jam supra ad principium tituli huius expositum est. De secundo & tertio in hoc §. agitur. De quarto dicitur infra §. sequente. Pretium igitur ad emptionem omnino est necessarium, docente hic Justiniano, & Paulo in l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt. Siquidem emptionis substantia consistit ex pretio, ut rectè inquit Papinianus in l. pacta conventa. 72. ff. eod. Ratio huius vix alia reddi poterit, quam quod ita inter homines propter usum commerciorum receptum fuerit, d. l. 1. ff. de tot. tit. Ceterum duae pretii notae & proprietates exiguntur: una, ut sit certum, de qua hic: altera, ut consistat in pecunia numerata, de qua infra §. proximo: Certum autem pretium opponitur arbitrario, sive potius incerto: & cur certum esse debeat, hæc assignari potest ratio: quia incertum perinde est, atque nullum, ut patet ex hoc §. At nullo pretio nulla contrahitur emptio d. l. 2. §. 1. ff. de contrah. empt. l. empti. 9. C. eod. Giphani hic in vers. sed & certum, & c. Est verò certum pretium, cuius quantitas aut ipso nomine expressa est; aut conveniente aliqua relatione seu demonstratione designatur, sicque tacite intelligitur, arg. l. certum. 6. ff. de reb. credit. si cert. pet. l. ait Prator. §. 1. ff. de re iudic. l. stipulationum quadam. 74. & seq. ff. de verborum oblig. Ut hic fundus sit tibi emptus centum aureis: vel, hic fundus sit tibi emptus tanti, quanti ego eum emi: vel, emo à te fundum tanti, quantum pretii in arcâ habeo; sive pro eo pretio, quod in arcâ habeo. Hic enim pretium in rei veritate incertum non est: sed magis ignoratur, quanti fundus sit emptus, l. hac venditio. 7 §. huiusmodi. 1. ff. de contrah. empt. Donnell. lib. 3. Commentar. de iure civ. c. 1. pag. 133. Et quamquam Accursius in d. l. hac venditio. 7. §. 1. in verb. quantum pretii, & c. ejusque asseclæ argute scribunt, per verba illa: pro eo pretio, quod in arcâ habeo, non emptionem induci, sed contractum innominatum, per l. fin. ff. de condit. caus. dat. caus. non sec. contrarium tamen longè probabilius esse reor. Tum quia nulla prorsus differentia est inter illa verba: quantum pretii in arcâ habeo, quibus citra ullam hæsitacionem contrahitur emptio. d. l. hac venditio. 7. §. 1. ff. de contrah. empt. & verba illa: eo pretio, quod in arcâ habeo. Utrobique enim designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arcâ, idque vel communi sensu dictante. Unde alibi scitè responsum est: non oportere jus civile calumniari; neque verba captari; sed, quâ mente quid diceretur, animadvertere convenire. l. penult. ff. ad exhiben. l. Tum quia verba accipienda sunt secundum subjectam materiam. l. si uno (alias est l. ex conducto. 1 §. 4. vers. sed & si verbo) ff. locati. l. sed si possessori. 11. §. item si iura vero. ff. de iure iur. Subjecta autem materia postulat, ut verba illa, eo pretio, quod in arcâ habeo, quantitatem significant, non verò speciem: præsertim cum per hanc interpretationem actus sustineatur. l. quotiens. 12. & l. ubi est. 21. ff. de reb. dub. l. quotiens. 80. ff. de verb. oblig. l.

pater. 38. in princ. ff. de legat. 3. cap. Abbate. 25. §. hic autem sensus de verb. significat.

Non obstat d. l. fin. ff. de condit. caus. dat. causa non sec. ubi dicitur, quando quis pecuniam alteri dedit, ut sibi Stichum daret, sicque quantitatem non expressit, non esse hunc contractum pro portione emptionis & venditionis, id est, non esse speciem emptionis; sed obligationem ob rem dati, re non secuta, sive contractum innominatum. Nam in casu istius legis contrahentes neque verbo emptionis usi sunt, neque pretii alicujus meminerunt: quemadmodum in proposito themate factum esse constat. Nec solutionem hanc hebetat. l. naturalis. 5. §. 1. ff. de præscript. verb. ubi licet idem proponatur casus, qui in d. l. fin. ff. de condit. caus. dat. nihilominus tamen emptionem & venditionem contractam esse, respondetur. Etenim cum primis inspicienda est voluntas contrahentium, & videndum, quid inter eos actum sit. Cum itaque non appareat. in d. l. fin. ff. de condit. caus. data. de emptione quicquam actum esse, ut cum neque venditionis, neque pretii, neque mercis diserte fiat mentio, quæ tamen duo, tanquam substantialia, in emptione intervenire oportet, per hunc §. nostrum, & supra tradita: alium intercessisse contractum, ex contrahentium mente, & conjecturis verisimilibus colligitur: ut si is, qui Stichum habet, nunquam eum sit mihi venditurus, sed tamen facile donaturus, si aliquid remunerationis loco accipiat. Hoc casu si dictum sit, do tibi hanc pecuniam, si mihi Stichum dederis, nemo affirmaverit, venditionem esse celebratam, sed potius contractum do ut des initum. Verum de conciliatione istarum legum exquisitiùs tractant Duarenus ad tit. C. de condit. ob causam dator. c. 1. Corasius lib. 2. Miscellan. iur. civ. c. 9. Bronchorst. cent. 2. in avt. 10. avt. 10. assert. 36. edit. 2. Vincent. Caborius lib. 2. disput. iur. c. 29. Petr. August. Morla part. 1. emporii iur. c. 9. in præmiss. n. 23. aliq. per eos citati.

Multò minùs obstat l. planè. 34. §. sed hoc ita. 4. l. sed si certos. §. 1. & l. si servus legatus. 108. §. qui quinq. 10. ff. de legat. 1. ubi si testator centum, quæ in arcâ habet, sapius legaverit, semel duntaxat legatum debetur: adeoque illa verba; eo pretio, quod in arcâ habeo, corpus sive speciem, non autem quantitatem designare videntur. Illæ namque leges non de emptione, sed de legatis, in quibus diversa est ratio, loquuntur. Cum enim testator legat pecuniam, quæ in arcâ est: pecunia corporis locum obtinet: idque hanc evidentem ob causam: ne heres nimium oneretur, & eandem pecuniam sapius præstare teneatur. At in contractu emptionis & venditionis pecuniam sive pretium, quod in arcâ est, pro quantitate sumi, ex prædictis clarescit. Et ita sentiunt Alberic. & Salicetus in d. l. hac venditio. 7. §. 1. ff. de contrah. empt. Fabian. de Mont. in tract. de empt. & vendit. in §. quæst. princ. n. 34. Johan. Igneus in l. 3. §. si conditione. 31. n. 28. ff. ad senatus cons. Silan. Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. ubi. c. 1. n. 2. & 3. Fachinans lib. 2. controversiar. iur. c. 1. Acacius Ant. de Ripoll. variar. juris resol. cap. 11. n. 13. fol. 329. Bachovius in suis not. ad vol. 1. Treutler. disp. 28. th. 6. lit. D. pag. 1074. & Henonius Disput. 16. controvers. 7.

Ex prædictis deducitur & inferitur: quod possit fieri venditio tritici, vini, vel alterius rei, pro pretio, quo communiter talis res in foro publico, tali die, vel tempore vendi solet, tradente Gomezio tom. 2. var. resol. c. 2. num. 9. Atque hinc etiam, si inter aliquos ita convenerit: ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti; quæsitum est, utrum pretium certum sit, an incertum; sive utrum valeat venditio, an non valeat? Et ex veteribus Jureconsultis alii aientem, alii verò negantem sententiam verior esse putabant. Verum Justinianus Imp. eorum controversiam adhibito distinctionis fœdere decidit, statuitque: ut subsistat emptio, Titio pretium definiente; non subsistat, eo non definiente. Et hæc Imperatoris decisio extat in l. ult. C. de contrah. empt. Cui non contradicit Ulpiani responsum in l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. ubi dicitur, incertam quantitatem non esse, quando legatum in alterius, puta Titii, arbitrium est collatum; nec corrumpere legatum, Titio non arbitrate: cum arbitrium pro boni viri arbitrio accipiat: boni autem viri arbitrium semper

per sit certum, nec conditionem habere videatur. Nam respondendum: loqui Ulpianum de ultimis voluntatibus, in quibus boni viri arbitrium conditionem non habet. Aliud observatur in contractibus. Etenim qui sub arbitrio Titii contrahunt: illi sub hac conditione, si Titius arbitratum, contractum perfici cupiunt. Itaque eo non arbitrate, nihil actum intelligitur. *l. si quis arbitratu. 43. ff. de verb. oblig. l. si contra 75. ff. pro socio. l. si merces. 25. in princ. ff. locati.* Diversitatis ratio hæc est: quia ultimæ voluntates benignius pleniusque sunt interpretandæ, quàm contractus. Qui igitur arbitratu Titii relinquit legatum; is legatarium honorare voluisse, & non illud tantum arbitrium, quod Titius haberet, sed cujusvis alterius boni viri arbitrium considerasse censetur *d. l. 1. §. 1. ff. de legat. 2. l. ult. §. 1. Cod. communia de legat. Heigius in hoc §. nostro. n. 12.* Vide Vultejum ad princ. *h. t. n. 47.* Bronchorst. cent. 1. *editio parvæ. assert. 50. edit. 2. & Althusium lib. 1. Dicaolog. cap. 74. n. 23. & seqq. pag. 255.*

Sanè non validam esse emptionem verosimilius est: si contrahentes impersonaliter dixerint, sive convenerint: quod electuri sint tertium, à quo pretii nomine concordentur: vel ut à bono viro pretium declaratur: vel quod postea motu animi sui circa pretium concordare velint. Sie wollen sich des Rauff-Schillings halb hernach vergleichen: vel ut res empti maneat justo pretio, seu pro pretio, quod justum declarabitur. De quibus, & similibus casibus videantur Pinelus in *d. Rubr. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 4. cum multis seqq. Fachinens. d. lib. 2. controvers. jur. cap. 1. D. Bocer. clas. 2. disp. 3. thes. 60. & seqq. edit. 2. & in hoc tit. n. 147. pag. 384. Eman. Soarez in thesaur. recept. sent. in verb. emptio. n. 132. Hænon. d. disp. 16. controvers. 8. & 9. nec non Stuckius part. 1. Exercitat. 7. Justin. decad. 12. assert. 2. lit. b. pag. 443. Similiter non valet emptio & venditio: si pretii quantitas in liberam alterius contrahentium voluntatem conferatur; puta quanti velis, quanti æquum putaveris, quanti æstimaveris, habebis emptum. Hujusque ratio facilis est: quoniam hoc negotium est sine obligatione: cum possit emptor æstimare, vel non æstimare, & rem habere emptam, vel non habere. *l. quod sape. 35. §. 1. ff. de contrah. empt. l. in vendentis. 13. C. eod. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 48. Morla in emptio jur. part. 1. tit. 9. quest. 9. n. 8. Linglois decis. Justin. 19. quest. 2. fol. 152. Knipschildt exercit. Acad. 8. quest. 8. pag. 296.**

Nec hanc assertionem destruit, quod indicatur in hoc §. & *d. l. ult. C. de contrah. empt.* venditionem valere, si quantitas pretii conferatur in arbitrium tertii, hicque pretium definierit: ac proinde idem pretium in arbitrium alterius contrahentium, conferri posse. Respondetur enim, hæc longè diversa esse: quia in personam tertii seu extranei ideo potest collocari æstimatio sive definitio pretii: quoniam verisimile est, tertium istum statuturum esse pretium æquum & moderatum: at non æquè probabile est, alterutrum contrahentium pretium æquum, sed potius sibi maximè commodum arbitraturum. Cum itaque utrobique diversa sit ratio: nulla inde fieri potest valida illatio, *l. Papinianus 20. ff. de minorib. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. & simil.*

Neque etiam eandem assertionem infringit *l. in personam. 22. §. 1. ff. de reg. jur.* ubi generaliter probandum dicitur: ubicunque in bonæ fidei judiciis quid confertur in arbitrium domini, hoc est, contrahentis, pro boni viri arbitrio id habendum esse. Regula namque illa accipienda est eo de casu, ubi adminicula contractus in arbitrium alterius ex contrahentibus conferuntur. Accidentaliter siquidem venditionis conferri possunt in arbitrium contrahentium, & tunc recurritur ad arbitrium viri boni, sive quis nullo modo arbitretur, sive arbitretur, sed iniquè. Unde subsistit hæc venditio: *Vendo tibi servum, si rationes arbitrio meo sive domini reddiderit.* Quæ conditio non inutiliter adjicitur emptioni, & pro eo habetur, ac si viri boni arbitrium in emptione comprehensum esset *l. hæc venditio. 7. in princ. ff. de contrah. empt.* Sic in societate constitutio partium lucris & damni, ut & in locatione operis approbatio, in arbitrium contrahentium, tanquam viri boni, conferri potest. *l. societatem. 76. & seqq. ff. pro socio. l. si*

in lege. 24. in princ. ff. locati: cum & sine illis locatio & societas contrahi queat. Cæterum substantialia contractus, ut pretium in emptione, merces in locatione, in arbitrium contrahentium conferri neutiquam possunt. Bronchorst. cent. 1. *Miscellan. controvers. assert. 67.* An porro & quatenus etiam iniquo arbitri arbitrio sit standum: an item eo non definiente, contractus corruat, seu retrò ab initio non valuisse censeatur, post alios, quos citat, explicat copiosè Hunnius in *resolut. ad Trentler. vol. 2. disp. 2. quest. 41. pag. 188. & seqq.*

Quæri hic forsitan non intempestivè poterit: utrum in pretio emptionis liceat contrahentibus naturaliter invicem se circumscribere & circumvenire? Et naturaliter, id est, ex jure gentium & naturæ contractui licere, legibus expressum est. *l. in causa. 16. §. penult. ff. de minorib. l. item si pretio. 22. §. fin. ff. locati. l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit. & l. si heres. 3. in princ. ff. ad leg. Falcid.* Nec obstat, quod objectatur; contra naturam esse, quenquam cum alterius damno & jacturâ fieri locupletiores. *l. nam hoc natura. 14. ff. de condiç. indeb. l. jure succursum. 6. in fin. ff. de jure dot. l. jure natura. 206. ff. de reg. jur. c. locupletari. 48. eod. in 6. & contra justitiam commutativam illud esse, quæ æqualitatem in re & pretio exigit, docente Aristotele lib. 5. *Ethic. c. 5. & 1. politicor. cap. 6.* item contrariari præcepto juris, quod alterum lædere prohibet, §. juris. 3. *sup. de just. & jur. l. justitia. 10. §. 1. ff. eod.* nec non auctoritati sacrarum literarum. Sic enim disertè D. Apostolus Paulus ad *Thessalonicens. c. 4. v. 6.* scribit: *Ne quis circumveniat in negotio fratrem suum: quoniam vindex est Dominus de his omnibus.* Et idem Apostolus *1. Corinth. 6. v. 8. & 9. ait: Injusti veluti qui damnum inferunt fratribus, regni Dei hereditatem non consequentur.* Hæc, inquam, & similia non obstant. Nam circumscriptio & circumventio sive læsio isthæc nequaquam eò usque extenditur, quasi & fraudare & decipere & lædere dolosè aut malevolè aliū permittatur. Jus quippe nostrum (quod est ars boni & æqui, definitore Celso in *l. 1. in princ. ff. de just. & jur.*) nihil quicquam magis, quàm dolum malevolamvè deceptionem, averſatur. *l. 3. §. ult. ff. pro socio. l. & eleganter. 7. in princ. ff. de dol. mal. l. si quis cum aliter. 36. ff. de verb. obligat. & similibus.* Deceptio igitur seu circumventio ea tantum hæc intelligi debet, quæ citra fraudulentum contrahentium consilium, aut grandem jacturam, re ipsâ & incuriâ ipsorum contingit: quæ ut licita sit; naturalis, hoc est, juris gentium ratio exposcit. Nec si quidem sine contractibus magis humana societas poterit conservari, quàm si esum potumque ei subtraxeris, *arg. l. 1. ff. de contrah. empt.* At circumventionem illam si sustuleris: contractuum vigorem, & commerciorum frequentiam ut tollas, adeoque civilem societatem perturbes, necesse est. Quotus enim quisque si exacta ista & mathematica pretii æqualitas ita anxie & scrupulosè observanda foret, contractus iniret, aut commercia frequentaret? Quis facile rem suam per emptionis & venditionis contractum communicaret, si paulò majori vel viliori pretio emptionem protinus rescindendam diceret? Hic etenim omnium est animus, vili emere, care vendere: cum emptor quidem vilius comparandi, venditor verò carius distrahendi voto semper tangantur. *d. l. si voluntate. 8. ibi, & quod emptor viliori comparandi, & c. C. de rescind. vendit.* Unde & jure canonico contractus, in quo deceptio intra dimidiam justis pretii intervenit, toleratur, *c. cum dilecti. 3. de empt. & vendit.* Et merito sane. Aliàs namque nulla conventio securitatem præstaret: neque ullus litium esset finis: quod jura maximè abhorrent & execrantur. *l. singulis. 6. ff. de except. rei judic. l. item si res. 4. §. 1. ff. de alienat. judic. mutand. caus. facta. l. quidam existimaverunt. 21. in fin. ff. de reb. credit. l. 1. §. inde queritur. 10. ff. de oper. novi nuntiat. l. properandum. 13. in princip. C. de judic. initio. tit. infr. de pœna temerè litigant.**

Nec ei, quod dictum est, permittendam esse circumventionem re ipsa contingentem; repugnat Ulpiani responsum, asserentis: nihil interesse emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris, an calliditate. *l. 1. §. 2. ff. de*

ff. de edil. edict. Quod enim Ulpianus ait, nihil interesse; ignorantia, an calliditate fallatur emptor: ita accipiendum est; modo deceptio illa circa rem ipsam, non verò circa rei precium, versetur; ut ex ipsa formulâ edilitii edicti emitescit. Nam circumventio illa, quam in contractu emptionis sustineri posse diximus, nihil aliud, quam pretii excessum aut defectum aliquem spectare debet: alioqui dolo quaquâ ratione interveniente, vel nullus contractus redditur; vel de dolo, aut etiam ex eodem contractu actione, circumscripto succurritur. *d. l. & eleganter. 7. in princ. & §. ult. & l. servus. 20. in fin. & l. cum à te. 25. ff. de dol. mal. ex empto. 11. §. si quis virginem. 5. & l. Julianus. 13. §. si venditor. 4. ff. de actionib. empt. l. si dolo. 5.*

25 *C. de rescind. vendit.* Quin etsi dolo malus non intervenit; tamen ob immodicam, pretii defectus excessusve ratione, læsionem, contractus rescinditur. *l. penult. ff. de rescind. vendit. & l. 2. C. eod.* Illud ergo, quod quis cautius avidiusque in contrahendo jure suo utens lucrum captat, quamvis lex circumscriptionem appellitet. *d. l. in causa. 16. §. pen. ff. de minorib. & d. l. item si pretio. 22. §. ult.*

26 *ff. locat. haud aliter tamen, quam dolo bonus sive solertia* quædam dici poterit; cum hæc non iniqua sit & malitiosa deceptio, quæ à machinatione & fraude abest, *l. 1. ff. de dol. mal.* Sed videantur eâ de re *Molinaus in tract. de usur. quest. 15. n. 170. cum seq. Oldendorp. class. 4. act. 1. tit. quid veniat in hæc actiones. §. permittunt. pag. 482. Covarruv. lib. 2. varian. resol. c. 3. n. 2. Gaspar Rodericus in tract. de annuis & mensuris redditib. lib. 1. quest. 11. num. 5. cum seqq. Petr. Augustin. Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. q. 8. Arumens Exercitat. Justin. 14. thes. 5. Joann. Robert. lib. 3. sentent. jur. c. 12. circa fin. Bronchorst. cent. 2. c. 10. p. 10. assert. §. 2. ed. 2. Ant. Fab. in error. pragmat. decad. 9. error. 1. Celsus Bargalius in tract. de dolo. libr. 2. cap. 2. tit. de dolo ex proposito, & c. n. 13. cum seqq. pag. 148. & 167. & aliquot seqq. Eberhard. Speckhan. cent. 2. class. 2. q. 13. Hunnius in resolut. ad. Trentler. vol. 1. disp. 29. th. 3. q. 9. pag. 1757. & vol. 2. disp. 2. q. 8. pag. 124. Petr. Gregor. lib. 21. Syntag. jur. c. 13. n. 2. Joann. Schröter. d. attribar. domesticar. decad. 8. q. 2. Tiraquellus de legib. connubialib. leg. 9. n. 7. & seqq. Frantzkius exercitat. jurid. 11. quest. 3. Antonius Merenda lib. 1. controvers. jur. cap. 33. pag. 47. Knipschildt exercitat. Academ. 1. quest. 7. p. 23. Marstaller. in dissertat. de divitiis. part. 3. c. 14. pag. 227. aliq. plures, ab illis cumulati.*

Quibus addendus est Dn. D. Andreas Osiander, Universitatis hujus Cancellarius olim dignissimus, Affinis meus perhonorandus, in *d. c. 4. ad Thessal. v. 6.* ubi ex D. D. Hunnio, eximio illo Theologo notat: quod Paulus allegato loco negocia & contractus Thessalonicensibus concedat: dummodo sibi à violentâ oppressione & defraudatione aliorum temperent. In quæstionem & illud non inscitè vocatur: utrum sit tutus in conscientia, qui emit nummo aureo gemmam à rustico ignaro valoris gemmæ, protestans, se nolle plus dare, etiam si gemma mille aureos valeat, seque velle excessum retinere titulo donationis? Et cum non esse in conscientia tutum, haud absque ratione respondetur. Tum quia sicut res non potest pluris vendi, quam valeat: ita neque potest minoris emi, invito venditore. Tum quia rusticus involuntariè donat, cum ignoret gemmæ valorem: ad validam autem donationem requiritur perfecta voluntas. Secus dicendum est, si uterque valorem ignoret, & emptor cum dicta protestatione emit gemmam uno aureo. Tunc enim uterque init contractum fortis, seque periculo exponit lucri & damni. Contractus autem sortis licitus est: cum uterque contrahens æquali periculo sese exponat. Ita, post *Molinam, Valentiam, Rebillum, & alios,* concludit Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. quest. 2. punct. 4. n. 6. pag. 398.

§. Item pretium. 2.

Item pretium in numeratâ pecuniâ consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur: veluti an homo, aut

fundus, aut toga alterius rei pretium esse posset. Et Sabinus & Cassius etiam in aliâ re putabant pretium posse consistere. Unde illud est, quod vulgò dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi, eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse: argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Ἐν δ' ἐν δ' εὐνίχον τὸ καρκινώεντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἰθωνίσσιν ἔδωκαν,
Ἄλλοι δ' εἰνοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπέδεσσιν.

Id est:

Hinc sibi certatim gentis de more comati
Vina parant Graij ære dato, fulgenteq. ferro,
Tergoribusq. bobus sed & ipsis, mancipiisq.

Diversæ scholæ auctores contrâ sentiebant: aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esse. Nam utramque videri & venisse, & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, meritò prævaluit: cum & ipse aliis Homericis versibus adjuvaretur, & validioribus rationibus argumentaretur: quod & anteriores divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

S U M M A R I A.

- 1 Pretium an in pecuniâ numeratâ consistere deberet, inter veterum Iuriconsultos non conveniebat.
- 2 Homer i magna semper suis auctoritas.
- 3 Permutatio quibus modis differat ab emptione.
- 4 Res aliena vendi potest.
- 5 Si quis alteri certâ pecuniâ quippiam vendat, & postea inter eos conveniat, ut pro pecuniâ aliud quid prestetur, emptio subsistit.
- 6 Cujusque negotii principium maxime inspiciendum.
- 7 Si ex una parte res, ex alterâ res & pretium simul detur; qualis contractus sit, distinctione explicatur.
- 8 Quoties de nomine contractus ambigitur, danda est actio prescriptis verbis.
- 9 An is, qui vendere promisit, pretioq. accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione factâ, dominium rei in accipientem transfuleris.
- 10 Emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur.
- 11 Ex factis voluntas perinde elucet, ac ex verbis.
- 12 Promissio de vendendo an & quatenus sit venditio.
- 13 Nudâ traditione non transfertur dominium.
- 14 Ecquid res ab aliquo emptâ ex pecuniâ meâ ad me pertineat.
- 15 Res, ex dotali pecuniâ à marito comparata, marito acquiritur.
- 16 Mens & intellectus l. res, quæ §. 4. ff. de jure dot.
- 17 Pretium, ex re furtiva redactum, non est furtivum.
- 18 Consideratio l. si, ut proponis. 3. C. de rei vindicat. (candus).
- 19 Fundus, communi nomine emptus, an & quatenus sit communis.
- 20 Res emptâ ex pecuniâ meâ, ad hoc specialiter mutuata, regulariter mihi obligata non est.

Primam pretii qualitatem seu notâ, ut videlicet id cor-
tum sit, supra §. proximo exposuit Imperator: hinc sub-
jungit alteram, ut in pecuniâ numeratâ consistat. De hac inter diversarum, in jure civili sectarum auctores, Sabinianos scilicet & Proculianos, non levis erat disceptatio. Sabiniani namque existimabant, non solum in pecuniâ numeratâ, sed etiam in aliâ re pretium consistere posse: & duobus potissimum adjuvabantur argumentis. Primum erat petitum à pro verbio, quod vulgò jactabatur: permutatione rerum emptionem contrahi, hoc est, emptionem fieri rebus inter homines permutandis & com-

2 municandis. Alterum ab auctoritate Homeri & antiquitate erat desumptum, quo probare conabantur, emptionem apud veteres etiam aliis rebus, quam pecuniâ, fuisse factam; Homerus quippe refert *lib. 7. Iliad. circa finem*. Græcos vinum emisse ferro, ære, corio, bobus mancipiis, &c. Atque hinc observandum est, magnam semper apud veteres fuisse Homerici auctoritatem, non modo in scholis, sed & in foro, & controversiis civilibus: aded, ut Solon dicatur aliquando in iudicio uno versu Homericis evicisse, Salaminem insulam fuisse Atheniensium: ut ad verbum notavit hic *Mysingerus num. 9. ex Balduino, cujus tamen nomen, ut alibi non raro, ita & hoc loco suppressit*. Contra Proculiani statuebant, emptionem non esse permutationem, sed ab eâ multum differre: idque demonstrabant his rationibus. Primum quia sequeretur, ut non posset discerni pretium à re venditâ, si pretium etiam extra pecuniam numeratam esset: sive quia sequeretur, ut una eademque res esset & merx & pretium: quod est absurdum, ut hic in vers. nam utramque videri. &c. Deinde ad perfectionem emtionis res & pretium requiritur. *l. 1. in princ. l. 2. §. 1. l. nec emptio. 8. ff. de contrahend. empt.* At permutatio ex iis non consistit: cum in eâ res à pretio distingui nequeat. *l. 1. ff. de rer. permutat. d. l. 1. §. pen. in fin. ff. de contrahend. empt.* Tertiò, emptionem nudo consensu fieri, certo certius est. *d. l. 1. §. ult. ff. d. l. 2. in pr. ff. de oblig. & act. initio. t. sup. de obligationib. ex consensu*. Permutationem autem re & facto contrahi, indubitatum est. *d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 2. & l. ex placito 3. C. eod. t.* Quartò isthæc sententia etiam aliis verbis Homericis (qui referuntur hic à Theophilo, ex *lib. 6. Iliados*, de celebri permutatione Glauci & Diomedis, & diligentissimè explicantur à Tiraquello in *Comment. de retrah. lignagier. §. 30. gl. 1. n. 17. & seqq.*) confirmatur, quibus permutatio ab emptione manifestè distinguitur. Versus autem illi ita se habent:

Εὐδ' αὐτὲ γλαυκῶ κρονίδης φρένας ἰξίλετο Ζεὺς,
ὃς πρὸς τυδείδῃσι διομήδεα τέυχε ἀμείβων
χρῦσα χαλκείων, ἑκατόμβῃ ἐννεαβοίων.

Id est:

Jupiter eripuit mirè hic præcordia Glaucò,
Qui aurea Tydida mutaverit arma vicissim,
Pro factis ex ære, bovesq., valentia centum.

Quintò in permutatione res utrinque accipientis fieri, sive dominium utrinque transferri debet: cum constitui ibi non possit, quid pretium sit, quid merx. *d. l. 1. ff. de rer. permutat.* in venditione secus est. Nam emptor quidem cogitur nummos seu pretium facere venditoris: at venditor non tenetur omnino rem venditam dare, hoc est, ejus dominium transferre, sed tantum tradere. *l. ex empto. l. 1. §. 2. ff. de actionib. empt.* Ideoque rem etiam alienam vendi posse, nulla dubitatio est. *l. rem alienam. 28. ff. de contrah. empt.* Et hanc differentiam attigimus suprâ ad principium hujus tit. n. 28. Et de eâdem consulantur *Antonius Faber lib. 6. conjectur. jur. civ. c. 9. Wesenb. in Paratit. ff. de permut. n. 4. & 9. Connanus lib. 7. Comment. jur. civil. c. 5. n. 2. Cujac. lib. 23 observat. c. 28. & Jul. Pac. cent. 5. in ἀντιστοιχίῳ. quæst. 22.* Denique emptio contractus est nominatus. *d. l. 1. §. 2. in fin. ff. de rer. permut. & explicatum suprâ ad principium nostrit. n. 12.* permutatio verò innominatus. *D. Vult. lib. 1. jurispr. Rom. c. 41. num. 10. & seqq.* ubi rationem, cur permutatio dicatur contractus innominatus, cum tamen videatur nomen habere satis appositum & elegans, acutè reddit: quam & nos secuti sumus in *§. actionum autem. 28. infr. de actionib. num. 21.* Tamen Accursius, & Azo, n. 1. Jason, n. 1. & 2. Sichardus n. 3. & ceteri in rubric. tit. Cod. de rer. permutat. dissentiant. Atque hæc Proculianorum sententia, utpote validioribus rationibus, modò expositis suffulta, & à Jureconsultis posterioribus & Imperatoribus comprobata fuit. *d. l. 1. §. penult. ff. de contrah. empt. & l. penult. C. de rerum permutat. Vide Hunnium in resolut. ad Trentler. vol. 2. disp. 2. quæst. 40. pag. 187. Unger. exorcit. Justin 12. quæst. 5. pag. 454. ed. ult. & Thomam Manlium in tract. de permutat. tit. 2. n. 5. & 6.*

Hic porro diligenter notandum: quòd, si quis alteris certâ pecuniâ quippiam vendat, & postmodum inter eos conveniat, ut vel pro pecuniâ frumentum, aut vinum, aliudvè simile, detur; vel venditoris nomine emptor quid faciat: nihilominus emptio contracta reputetur. *l. pretii. 9. C. de rescind. vendit. Gursl. Wirtemb. er. neuert Landrecht/ part. 2. tit. 9. pag. 264. §. Und o. vol. 2c.* Ejusque ratio est: tum quia contractus emptionis ab initio rectè constitutus, pacto vel postea, vel etiam in contingenti adjecto, non vitatur, nisi eo pretium penitus tollatur. *l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.* Tum quia cujusque negotii principium maxime spectandum: & à primordio tituli posterior formatur eventus, arg. *l. quid ergo. 13. ff. de his, qui not. infam. & l. 1. C. de impenend. lucrat. descript.* Atque ita sentiunt. *Pinelus ad rubric. C. de rescind. vend. part. 2. c. 1. num. 16. Mozzius in tract. de empt. & vendit. tit. de substantia. lib. emptio. n. 13. Heigius in hoc §. n. 4. Fomannus disp. 22. thes. 8. ad lit. c. & Hilliger in Donello enucleat. lib. 13. c. 1. lit. k.*

Quid autem dicendum, si ex unâ parte res, ex alterâ res & pretium simul detur & interveniat: eritne permutatio, an venditio? Hæc quæstio brevissima hac distinctione resolvenda est: Aut constat, quid principaliter agere voluerint contrahentes: & secundum horum mentem, vel venditio erit, vel permutatio, arg. *l. si in emptione. 34. ubi Bartol. & Dd. communiter. ff. de contrah. empt.* Aut non constat, & incertum est, ad quod contractus genus respexerint contrahentes: & tunc magis est, ut in dubio contractus innominatus judicetur. *l. 1. 2. & 3. ff. de præscript. verb. & l. ff. de estimatoria act.* ubi generalis hæc proponitur regula: Quoties de nomine contractus alicujus ambigitur: dandam esse actionem præscriptis verbis, & consequenter contractum innominatum esse accipiendum. Licet autem Dominus Collega Bocerushic n. 126. pag. 382. hanc regulam in prædicto casu nullum sibi vindicare locum putet: attamen hæc ipsius opinatio idoneo destituitur fundamento. Nam utique dubium est, qualis hic contractus celebratus sit. Illud quidem certum est, negotium esse contractum: at quale id sit, dubitatur. Quemadmodum ergo in *d. l. 1. ff. de estimator. act.* datur actio præscriptis verbis hæc de causa, quòd fuerit dubitatum; sitne emptio-venditio, an locatio-conductio, an mandatum, quando res æstimata vendenda datur: ita nulla potest satis firma asferri ratio, cur non idem sit dicendum in proposito negotio, de quo itidem dubitatur, sitne ad emptionem venditionem, an ad permutationem referendum. Sed inspiciantur *Gomezius tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 10. D. Martin. Rümelin. dissertat. 1. §. ad Institut. th. 3. sub lit. d. pag. 131. Hænonius disp. 16. controvers. 14. & Pinelus add. Rubric. C. de rescind. vend. part. 2. c. 2. n. 1. & aliquot seqq. ubi post alios, quos recenset, quæstionem hanc exactissimè pertractat. Videatur item Fachinæus lib. 2. controversiar. jur. c. 44. ubi eadem de quæstione quinque diversas opiniones recitat. Adde Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 12. quæst. 8. pag. 422.*

Insignis hic occurrit controversia de eo, qui vendere promisit, pretioque accepto rem tradidit, nullâ tamen venditione diserte factâ; an dominium rei in accipientem transtulerit? Et (nihil remorante contrariâ Jasonis sententiâ in *l. si ante 6. ff. soluto matrim. & cons. 117. lib. 1.*) longè probabilius ac receptius est: dominium rei in accipientem translatum, atque adeò venditionem perfectam censeri. Idque ex eo manifestè probatur: quòd emptio & venditio solo contrahentium consensu perficitur. *l. 2. in princ. & l. in quibuscunque. 48. ff. de obligat. & act. cum similib.* Atqui proposito in themate adest contrahentium consensus, ut ex factis ipsis, nempe ex rei traditione & pretii solutione patescit. Ergo venditio perfecta, & dominium translatum esse videtur. Ex factis si quidem voluntatem & consensum perinde elucere, ac ex verbis, nondubium est. *l. de quibus. 32. §. 1. vers. nam quid interest. ff. de legib. l. recusari. 95. ff. de acquir. vel omit. heredit.*

- 12 Non obstat, quod promissio de vendendo non sit venditio: ac propterea nec dominium per eam transferatur: sed tantum actio personalis contra promittentem concedatur. *l. si sterilis. 2. l. si tibi fundum. 4. ff. de action. empt. l. qui fundum. 4. ff. de contrah. empt.* Nam verum quidem est, aliud esse venditionem, aliud pactum sive promissionem de vendendo, si nihil aliud concurrat, & in simplici promissione maneamus. Sed in presenti specie sunt circumstantiæ, quæ venditionem constituunt, nempe pretii solutio & rei traditio, ex quibus venditio efficitur. Nec enim ea verbis, sicuti stipulatio, opus habet. *l. 1. in princ. ff. de verb. obligat.*
- 13 Sic quoque non adversatur; quod nudâ traditione non transferatur dominium, sed causâ idonea & iusta ad translationem domini requiratur. *l. nunquam nuda. 3. ff. de acquir. rer. domin.* Etenim nostro in casu non est nuda traditio; sed potius iusta venditionis ejusdam tacitæ causâ vestita: quæ venditio ex traditione factâ, & numeratione pretii resultat. *Atque ita tradiderunt Socinus in d. l. si ante. 6. ff. solut. matrim. Decius consil. 614. col. 3. in princ. Franc. Curt. jun. cons. 82. colum. 2. v. confirmantur. & c. Carol. Ruin. consil. 57. colum. pen. vers. non obstat in super. lib. 1. & consil. 48. colum. 3. n. 9. eod. lib. 1. & consil. 47. col. 3. n. 5. lib. 4. item Bald. consil. 45. lib. 2. ubi ex facto interrogatus, respondit; promissionem vendendi, secutâ rei traditione, & numeratione pretii, esse venditionem consummatam. Quos omnes refert & sequitur Tiraquel- lus de retract. conventional. §. 36. ad finem c. gl. 2. n. 83. & seq. Quibus subscripsit etiam Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 5.*
- 14 Est & illa non contemnenda quæstio: an res ab aliquo emptæ ex pecuniâ meâ, sit mea; adeo, ut à me vendicari possit? Et negativa conclusio optimè defenditur per *l. si ex ea pecunia. 6. C. de rei vindicat. l. si patruus. 4. C. communia utriusq. judicii, & c. l. et si de tua. 9. C. de donation. inter vir. & uxor.* Unde res, quæ ex dotali pecuniâ à marito comparata est, non est dotalis; nec uxori, sed marito acquiritur, *l. ex pecunia. 12. C. de jure dot. l. ult. C. de servo pignori dato manumiss. Knipschildt exercitat. Acad. 8. quæst. 9. pag. 297.* Isti conclusioni non obloquitur *l. res, quæ. 54. ff. de jure dot. ubi habetur; res, quæ à marito comparatæ sunt ex pecuniâ do tali, dotales videri, sive mulieris esse, cujus pecunia fuit. Datur enim mulieri utilis vindicatio, si maritus ex ejus pecuniâ dotali rem aliquam emit, eo demum casu, quando maritus non est solvendo: ne mulier dotem amittat. arg. l. uxor marito. 55. in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Alioqui tantum competit uxori, contra maritum pro restituendâ pecuniâ, de dote actio, *Costal. ad d. l. res, quæ. ff. de jure dot. Cujac. lib. 5. observat. c. 23. hosq. referens Bronchorst. cent. 2. c. 110. parv. assert. 65. edit 2.* Præterea probabilius dici poterit, dictam *l. 54. ff. de jure dot.* accipiendam esse eo de casu, quo maritus ex pecuniâ dotali rem non suo, sed uxoris nomine compara- vit. Tum etenim quantumvis certum esset, rem uxori acquiri: dubitabatur tamen adhuc, an ea res dotalis fieret. Videbatur quippe, dotalem eam non fieri: quia post dotem constitutam acquisita fuisset, quamvis ex pecuniâ do- tali: sicut nec pretium, ex re furtiva redactum, furtivum dicimus, *l. qui vas. 48. §. ult. ff. de furt. nec rem pignoratam vocamus, quæ ex nummis pignoris emptæ est. l. idemq. 7. §. ult. ff. qui potior. in pig. hab.* nec communem usuram appellamus, quæ ex communi pecuniâ ab altero ex sociis proprio nomine fœnerata debetur. *l. si unus. 67. §. 1. ff. pro socio.* Ac sanè dotalis revera non est res, quæ ex dotali pecuniâ emptæ est; sed tamen videtur esse, ut perinde ac si in dotem data esset, dotis iudicio peti possit. *Anton. Faber lib. 5. conjectur. jur. civil. c. 9.*
- 18 Similiter non resistit textus in *l. si, ut proponis. 8. C. de rei vindicat.* ubi res emptæ pecuniâ militis; non ementis, sed ipsius militis efficitur. Nam id speciali militiæ favore receptum esse, non obscurè relucet ex *d. l. 8. & ibidem Gothofredus diserte notat.* Idemque in re emptæ de pecuniâ pupilli, minoris, furiosi, prodigi, Ecclesiæ, & similibus, ob- sinere plerique docuerunt. *arg. d. l. idemq. 7. in princ. ff.*

qui potior. in pig. vel hypothec. hab. l. 2. ff. quando ex facto tutoris, & c. l. ex facto. 52. v. planè si ex re pupilli. ff. de pe- cul. l. si curator. 3. C. arbitrium tutel. l. et si tutores. 2. C. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri poss. Accurs. Bartol. Bald. Paulus de Castro, & reliqui in d. l. si patruus. 4. C. communia utriusq. judic. & in d. l. si ut proponis. 8. C. de rei vindicat. Anton. de Fano in tr. de pignorib. in 4. membr. 2. part. num. 163. & alii com- plures, quorum opinioniones refert, & fusissimè declarat. Alexand. Trentacinius variar. resolut. lib. 3. resolut. 1. de empt. & vendit. n. 5. & seqq. Eandem rem dilucidè & eleganter explicat Hartman. Pistoris lib. 1. quæstion. jur. q. 7. nec non Elias Roberus disput. 17. th. 1. Tametsi diversam propugnare conetur sententiam Ant. Faber. d. lib. 5. con- jectur. cap. 9.

Sanè si fundus communi nomine sit emptus, nec con-¹⁹ stet, ex qua pecuniâ: probabilius est, istum fundum non esse communicandum, nisi prius pretium ipsi emptori re- fundatur: quoniam in dubio semper res ex pecuniâ sol- ventis emptæ præsumitur, *arg. l. si ventri. 9. (in Gothofre- diano corpore est l. 24. ff. de reb. auct. judic. possid.) ff. de pri- vilegi. creditor.* Et hanc veram, magisque communem es-²⁰ se opinionem, testatur Trentacinius d. lib. 3. resolut. 2. de empt. & vendit. n. 1. ubi eam explanatius persequitur. Tandem & illud hîc non omittendum: quod res emptæ ex pecuniâ mea, ad hoc specialiter mutuata, non sit mihi creditori obligata; nisi specialiter hoc cautum sive con- ventum fuerit, *l. quamvis. 17. ibique Bald. C. de pignorib. & hypothec.* Atque hæc sententia verior, & frequentiori calculo recepta videtur, juxta Didacum Covarr. lib. 1. variar. resolut. c. 7. n. 3. Petrum Ang. Morla. part. 1. empo- rii jur. tit. 9. in præmiss. n. 101. & Trentacinium d. lib. 3. resolut. 15. de empt. & vendit. n. 6. ubi utramque in par- tem plures Doctores cumulat, & pronunciatum nostrum copiosè pertractat.

§. Cum autem emptio. 3.

Cum autem emptio & venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scripturâ res agitur) peri- culum rei venditæ statim ad emptorem perti- net, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit; aut ædes totæ, vel ali- qua ex parte incendio consumptæ fuerint: aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ab- latus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut ar- boribus turbine dejectis longè minor aut deter-rior esse cœperit; emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa ven- ditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvio- nem accesserit: ad emptoris commodum per- tinet. Nam & commodum ejus esse debet, cu- jus periculum est. Quod si fugerit homo, qui venit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolo neque culpa venditoris intervenerit: animad- vertendum erit, an custodiam ejus usque ad tra- ditionem venditor susceperit. Sanè enim si su- sceperit: ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit; securus est. Idem & in cæte- ris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictio- nem exhibere debet emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse do- minus est. Idem etiam est de furti & de damni injuriæ actione.

SUMMARI A.

- 1 Perfecta emptione & venditione, periculum rei venditæ statim ad emptorem spectare, licet res ei nondum sit tradita, solidissimis argumentis demonstratur.
- 2 Contraria Cujacii, ejusque affectu opinionis rejicitur.
- 3 Ius definitur ars æqui & boni.
- 4 In omnibus rebus æquitas spectanda.
- 5 Commodum qui sentit, etiam incommodum sentire debet.
- 6 In contractu emptionis nihil, nisi dolus & culpa præstat.
- 7 Quando emptio & venditio perfecta censetur, triplici distinctione resolvitur.
- 8 Emptio pura statim, conditionalis impletæ demum conditione perficitur.
- 9 Cur damnum particulare, ante conditionis eventum, ad emptorem; interitus autem totius rei ad venditorem pertineat.
- 10 Emptio sine scriptis perficitur sola conventionione: in scriptis vero, instrumento rite confecto.
- 11 Rerum, quæ pondere, numero, mensura vè constant, venditio quando perfecta intelligatur.
- 12 Si vinum certum in specie venditum sit, ad quem periculum spectet.
- 13 Res unaquaque suo domino perit.
- 14 Traditionibus, non nudis pactis, rerum dominia transferuntur.
- 15 Damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non creditur.
- 16 Quatenus res suo domino perire dicatur.
- 17 Casus fortuitus à nullo debitore præstat.
- 18 Explicatur l. si fundus. 33. ff. locati.
- 19 Exponitur l. lectos. 12. ff. de peric. & com. rei vendit.
- 20 Instantia D. Boceri refellitur.
- 21 Consideratur l. quod si neque. 14. §. 1. ff. d. tit.
- 22 Enarratur l. si solutus. 39. ff. de solutionibus.
- 23 Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.
- 24 Enucleatur l. final. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.
- 25 Fructus, ex re vendita per venditorem, qui nondum tradidit, percepti, emptoris lucro cedunt.
- 26 Opera servi fructibus equiparantur.
- 27 Consideratio l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de actionib. empti.
- 28 Argumento à contrario sensu, quando nullus relinquatur locus.
- 29 Resolvitur l. curabit. 5. Cod. de actionib. empti.
- 30 Venditor quas actiones emptori cedere & præstare tenetur.
- 31 Venditor ante traditionem adhuc dominus manet.
- 32 An fructus rei venditæ, ante solutum precium, ad emptorem pertineant.
- 33 Emptor tenetur venditori ad usuras precii non soluti.
- 34 Intellectus tit. 17. §. ex die emptionis, lib. 2. sentent. Pauli.
- 35 Sententia l. ult. §. 1. ff. de fundo dotali.
- 36 Venditor ipsam rem venditam, nedum fructus pignoris loco retinere potest.
- 37 Mens & consideratio d. l. Iulianus. 13. §. 8. & l. qui pendente, 25. ff. de actionib. empti. & similium.
- 38 Quæ remedia competant venditori, contra emptorem, precium non solventem.
- 39 Emens scienter rem alienam, nunquid, re evicta, ad restitutionem precii agere possit.
- 40 Scienti & volenti nulla injuria, nullusque dolus inferitur.

Perfecta emptione & venditione, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, licet ei res nondum tradita sit, per textum clarissimum hujus §. nostri. l. id, quod post. 7. l. necessariò. 8. l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod sæpe. 35. §. si res. 4. ff. de contrah. empt. l. 1. 4. & 5. C. de peric. & com. rei vendit. l. sicut. 12. l. fructus. 13. & l. penult. C. de actionib. empti. l. si apud. 3. C. de edilit. actionib. Itaque si res vendita læsa, combusta, consumpta, aliavè ratione extincta fuerit: emptor non modò ad id, quod interest, adversus venditorem agere non potest: sed & precium, si nondum solvit, venditori nihilominus præstare compellitur: si verò solvit, illud à venditore repetere nequit. Id quod non solum in hoc §. disertè scriptum est: verum etiam in plerisque juris locis apertissimè expressum; ut in l. cum emptor. 5. §. ult. ff. de rescind. vendit. ubi Iulianus respondit; mortuo homine vendito, perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: venditorem namque liberari, & hominem emptori perire. Jam si perinde habenda est venditio, ac si homo traditus fuisset: plusquam manifestum evadit, emptorem ad precium venditori præstandum esse cogendum: quippe cum certissimum sit, re vendita post traditionem perempta, ita periculum emptoris esse, ut precium venditori solvere teneatur. Sic in l. ult. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Celsus scribit: in contractu innominato, do ut des, mortuo homine promisso, pecuniam eo nomine datam repeti posse: at in con-

tractu emptionis, mortuo homine vendito, precium solutum repeti non posse, quin non solum peti posse. Accedit Pauli responsum in l. venditor. 21. ff. de hered. vel act. vend. ubi traditur; venditorem, qui nulliusculpa argui potest, servo mortuo, ne precium quidem debere. Imò emptorejus servi, qui antetraditionem sine culpa venditoris mortuus fuerat, non solum ad precium solvendum; sed & ad sumptus, qui in ejus curationem & sepulturam facti sunt, tenebitur. l. Iulianus. 13. §. præterea. 22. ff. de act. empti. Quibus locis opitulatur etiam l. ult. C. de peric. & commod. rei vend. ubi disertis verbis Imperator Diocletian. & Maxim. rescribunt: ancillam venditam, & rebus humanis sine culpa venditoris ante traditionem exemptam, emptori perire, ejusque precium venditori solvere emptorem compelli. Et tamen Cujacius in tractat. 8. ad African. in explicatione l. si fundus. 37. ff. locati. & in Paratit. C. de peric. & commod. rei vend. ejusque Sectatores D. Collega Bocerus in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 7. edit. 1. & num. 65. edit. 2. & class. 2. disput. 3. thes. 81. edit. 2. & in hoc tit. num. 164. cum seqq. pag. 387. & seqq. Borcholt. in presenti §. num. 3. & Vultejus supra ad principium hujus tit. num. 71. respondent & autumant: citatos textus de jure summo sive stricto, non verò de æquitate exaudiendos esse: cum æquius sit & humanius, ut emptor, qui rem non est nactus, precium venditori non solvat: attamen cum isthæc responsio divinationem sapiat, nec ullo firmo juris fundamento subnixa sit; eadem facilitate rectissimè rejicitur, quæ astruitur. Sed & cum jus nostrum sit ars æqui & boni, defensore Celso. l. 1. in princ. ff. de justit. & jur. atque in omnibus rebus, maximè verò in jure æquitas spectari debeat. l. in omnibus quidem. 90. ff. de reg. jur. l. placuit. 8. C. de judic. adeoque per totum jus nostrum æquitas diffusa sit: planè non est credibile aut verisimile; Iustinianum Imp. in Institutionibus suis quicquam Studiosis juris tradere voluisse, quod æquitati manifestè repugnaret: præsertim cum eadem, quæ in hoc §. 3. dicuntur, totidem ferè verbis in Digest. ac Cod. commemorantur. d. l. 5. §. ult. ff. de rescind. vendit. d. l. ult. C. de peric. & commod. rei vendit. & locis similibus adductis supra num. 1. Ratio autem, cur emptione perfecta periculum statim, etiam ante traditionem, ad emptorem spectet, hæc est: tum quia emptoris est commodum, etiam ante traditionem factam; proindeque merito & incommodum ejusdem esse debet, teste hic Justiniano in vers. sed & si post emptionem, &c. d. l. id, quod post. 7. ff. de peric. & commod. rei vend. l. Iulianus. 13. §. si fructus. 10. cum seqq. ff. de actionib. empti. d. l. penult. C. eod. l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur. Tum quia hic contractus fit utriusque contrahentium gratià: ac propterea in eo nihil, nisi dolus & culpa præstat. l. si ut certò. §. 2. ff. commodati. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & hic. in versic. quicquid enim, &c. Mejer. in commentar. de culpa in contractib. præstand. th. 222. & seqq. & hanc sententiam crebriori calculo usuque confirmatam, amplectuntur Wesenbecius, Mynsinger. Schneiderwinus, Hotomanus, Schilbock, Ant. Matthaus, Heigius, Giphanius, Thadæus Pifo, & alii in hoc §. nostro. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 32. Anton. Faber lib. 2. conject. cap. 4. Covarruv. lib. 1. variar. resol. c. 15. n. 2. Decius consil. 179. & 500. Henric. à Suerin. lib. repetitar. lection. jur. civ. c. 33. Pacius cent. 5. invariopavov. quæst. 8. Arumens. Exercit. Justin. 14. thes. 3. Schegk. in delibat. jur. disput. 18. thes. 36. Delrio in d. l. contractus. 23. cap. 9. ff. de reg. jur. Forster. junior. lib. 3. disp. 18. th. 5. Hænon. disput. 16. controvers. 15. Hunnius disput. 16. thes. 10. & lib. 4. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 7. pag. 1086. & seqq. item in tractat. de æstimat. rer. quæst. 2. Paulus Berens disputat. 11. ad Institut. them. 1. quæst. 2. Bronchorst. cent. 1. invariopavov. assert. 89. & seq. edit. 1. Timaus Faber disputat. 24. ad Institution. Imperiales. th. 4. D. Marta tom. 3. Digestorum novissimorum. tit. empt. c. 63. fol. 150. Roberus Disputat. 17. th. 4. Andr. Gerhard. decad. 14. quæst. 7. Matth. Stephani cent. 3. quæstion. 70.

Stuckius part. I. exercit. Justin. decad. 12. assert. 2. lit. g. Petrus Aug. Morla in emporio jur. part. I. tit. 9. in premissis. n. 103. & seqq. Treutl. vol. I. disp. 28. ch. 8. lit. C. & D. ibiq. in suis not. Bachovius pag. 1081. & seq. ubi ait, contrariam opinionem jurisconsulto esse verè indignam. Idem probat in hoc §. nostro. pag. 803.

- 7 Antequam verò ea, quæ hanc verissimam & communissimam decisionem infirmare, & contrariam, eamque erroneam opinionem adjuvare videntur, refellamus: diligentissimè dispiciendum est, quando emptio & venditio perfecta censeatur. Tunc etenim sine magno negotio sciemus, utrius sit periculum; emptoris, an venditoris. Quæ res triplici distinctione percommode potest explicari. Prima hæc est: aut emptio purè contrahitur, aut sub conditione, *de qua distinctione infra §. proximo.* Secunda: aut emptio fit in scriptis, aut sine scriptis, *de qua supra in principio huius tituli.* Tertia: emptio aut est rerum, quæ pondere, numero & mensurâ constant; aut est aliarum rerum, ut domus, agri, vineæ, libri, equi, &c. *de qua distinctione hic nihil, sed in pandectis latissimè explicatur. d. l. quod sepe. 35. §. in his. 5. ff. de contrah. empt. l. 1. §. 1. ff. de peric. & commod. rei vend. & similib.*
- 8 Ad primam distinctionem quod attinet: quia emptio pura statim, conditionalis imple. a demum conditione perficitur. *l. hæc venditio. 7. ff. de contrah. empt.* ideo in pura emptione periculum statim ad emptorem respicit: in conditionali verò, post conditionis quidem eventum, similiter periculum ad emptorem pertinet: sed, pendente conditione, potest dici: universæ rei interitum venditoris, particulare damnum vel læsionem & deteriorationem rei, emptoris esse. *l. necessario. 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. penult. C. eod.*
- 9 Ratio, cur damnum particulare ante conditionis eventum pertineat ad emptorem, est: quia conditio retrahitur ad tempus contractus; adeoque emptio perinde habetur, ac si ab initio purè contracta fuisset. *d. l. necessario. 8. ff. d. tit.* Interitus autem totius rei cur ad venditorem spectet, illa est ratio: quia res, quæ perit, tradi amplius non potest; & proinde nec perfici emptio poterit, *ut bene advertit hic Giphanius, & Borcholt. infra §. proximo. n. 4.* De secunda distinctione hoc loco, & initio huius tituli affirmatur: emptionem sine scriptura, solâ conventionem de precio perfici; ac ea propter periculum statim ad emptorem pertinere; emptionem verò, quæ sit scripturâ, non antè perfici, quam instrumento ritè confecto: proindeque non, nisi post absolutionem instrumenti, periculum ad emptorem spectare. De tertia distinctione hoc tenendum: rerum aliarum venditionem, simul atque de precio convenit, perfectam videri; earum autem, quæ pondere, numero, mensurâ constant, venditionem non aliter perfici, quam si adnumeratæ, admensæ, adpensionem fuerint: & idcirco in his periculum non, nisi post adimensionem & adpensionem & adnumerationem, ad emptorem pertinere. *d. l. quod sepe. 35. §. in his. 5. ff. de contrah. empt. l. 2. ibiq. Gothofred. C. de peric. & commod. rei vend. Joan. Faber hic in vers. sed omnes Doctores, &c. Rittershus. pag. 472. Wesenbec. in Paratit. ff. t. de contrah. empt. n. 10. & t. de peric. & commod. rei vend. n. 2. & seqq. Trentacinius variar. resol. lib. 3. resol. 5. de empt. & vend. n. 3. & seqq.*
- 12 Enimverò si vinum certum venditum est in specie, putà omne vinum, quod in dolio vel amphora est, statim periculum emptorem respicit: nisi ita venierit, idque actum sit, ut degustetur. *l. si quis vina. 4. in princ. ff. de peric. & commod. rei vend.* vel nisi quid de bonitate vini venditor affirmarit, aut nisi ipse sciverit, bonitatem vini non duraturam. *l. si vina. 15. ff. eod. tit.* Nec moverit *l. 1. in princ. vers. sed si nondum. ff. d. t.* ubi vinum in specie venditum erat; quia certa vasa sive dolia ab emptore signata sunt: & tamen usque ad degustationem periculum ad venditorem spectat. Hoc quippe procedit in terminis istius casus, qui ab Ulpiano ibi initio est propositus: quando videlicet convenit simpliciter, ut periculum esset venditoris: neque tempus appositum est, quousque periculum venditor sustinere debeat. Hoc casu tempus degustationis observandum est, ut eousque periculum venditor sustineat. Et ita, post Costalium ad *d. l. 1. ff. de peric. & commod. rei vend.* sentit Bronchorst, *cent. 2. in ar. lo. q. ar. ar. as-*

sert. 56. Eandem rem uberius explicant *Wesenbec. in Paratit. ff. ad d. t. de peric. & commod. rei vend. n. 3. cum seqq. Borcholt. in hoc §. nostro. vers. quid si fugerit homo, &c. n. 5. & seqq. Joachimus Schepliz in not. ad promptuar. tam jur. civ. quam feudal. Balthasari Klammeri. tit. 14. de empt. & vendit. §. 11. n. 2. & seqq.* Porro de venditione per averfionem (id est, ad corpus sive speciem, *überhaupt*) factâ, nonnulla observatu perdigna assert *Eberhard. Spackhan. cent. 3. quæst. 19. class. 1. eumque referens D. Collega Besold. in thesauro practic. lit. V. pag. 794.*

His ita breviter, ad maiorem nostræ sententiæ intel-¹³ lectum interjectis: nunc antagonistarum argumenta examinabimus, atque pro virili diluimus. Primum autem est ejusmodi: Res unaquæque perit suo domino, *l. pignus. 9. C. de pignorat. act.* Atqui ante traditionem venditor adhuc est dominus rei venditæ, *ut in fine huius §. dicitur.* Traditionibus enim, non nudis pactis dominia rerum¹⁴ transferuntur. *l. traditionibus. 20. C. de pact. §. per traditionem. 40. supra de rer. divis.* Ergo periculum rei venditæ, & nondum traditæ, non ad emptorem, sed venditorem, qui ejusdem dominus est, pertinebit. *Respondemus:* quodocunque res vendita ante traditionem perit, vel diminuitur, nos concedere quidem, rectè dici posse, quòd res venditoris, utpote domini, pereat vel diminuat. At, quòd venditori pereat, id est, quòd interitus, vel incommodum diminutionis illius, quæ in re contingit, ad venditorem pertineat, illud pernegamus: *idque ex ratione jam antè allatâ n. 5.* Nam quemadmodum quodcunque rei venditæ incrementum & commodum non ad venditorem, licet adhuc rei sit dominus, spectat: ita nec ejusdem diminutionem sive interitum ipse sustinere debet, *hoc §. nostro. vers. sed & si, &c. d. l. id, quod. 7. ff. de peric. & commod. rei vend. cum similibus allegatis supra n. 6.* Cur verò hoc casu à trito illo juris axiomate, quo dicitur, rem quamlibet suo domino augeri, diminui, & interire, recedatur; causa hæc est: quia perfectâ emptione, in potestate & arbitrio emptoris est positum, rei emptæ possessionem ac dominium, quodocunque voluerit, precii solutione nancisci: ita ut ei sit imputandum, quòd illicò nactus non fuerit; adeoque propriâ culpâ, precii scilicet solutionem differendo, damnum tulerit. Quod quis enim ex sua culpa sentit damnum; sentire non¹⁵ intelligitur. *l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Præterea¹⁶ quod dicitur, domino rem suam perire, quæ sine dolo, culpâ, aut morâ alterius perit: id verum est, si dominus non simul etiam sit ejusdem rei debitor: quoniam regula¹⁷ juris est, casum fortuitum rei debitæ à nullo debitore præstari. *l. contractus. 23. in fine. ff. de reg. jur.* Jam vero, etsi in proposito venditor ante factam traditionem sit dominus rei venditæ: tamen ejusdem etiam est debitor ex venditionis contractu: nec hic tam ut dominus, quam ut debitor respectu emptoris consideratur. Quare huic juris regulæ consequens est: illum, tamen si dominus sit; casum tamen fortuitum non præstare. *Hunn. d. quæst. 7. pag. 1089 & in resolut. ad Treutl. vol. 2. disp. 2. pag. 209.*

Deinde ab adversariis objicitur *l. si fundus. 33. ff. loca-*¹⁸
ri. ubi licet fundus venditus, antequam traderetur, publicatus sit: nihilo tamen minùs Africanus Consultus respondet: usque adeo emptorem ad pretium illius fundi non teneri; ut etiam numeratam repetere valeat. *Sed distinguendum:* an ex causa aliqua extrinseca, fortè quod fundus publicatus, vel servus furto substractus sit; an vero per ipsam rem venditam (quod fortassis omnino perempta sit) fiat, quo minus tradi queat. Illo sanè casu, quo res vendita non est extincta, sed adhuc in rerum natura posita, fatemur: emptorem non esse compellendum venditori precium solvere, si venditor actiones nullas habeat, quas emptori cedere possit. Et de hac specie lex opposita est accipienda. Hoc autem casu, quo res in rerum natura esse desuit, merito emptor precium venditori refundere tenetur, *per hunc §. nostrum, & leges supra adductas.* Atque sic hanc legem axaudit doctissimus Antonius Faber *d. lib. 2. conjecturar. jur. civ. c. 4.* ubi distinctionem istam pluribus rationibus confirmat, & simul hac in re differentiam inter locationem & emptionem explicat. Eandem

Eandem distinctionem sequitur, tucturque Gaspar Schiffordeghe. *lib. 2. tract. 18. quest. 3. cum seqq.* & Paulus Berens *d. disp. 11. them. 1. quest. 2.* Licet verò hanc Fabrianam distinctionem, seu minus probabilem, rejiciant *D. Bocerus hic n. 167. & seqq. pag. 388.* & Vincentius Cabotius *lib. 1. disputat. c. 25.* quia tamen ipsi haud meliorem afferunt; illam retinendam reor. *Aliter ad legem illam respondet hic Theodorus Marcellus; aliter item Hun. d. q. 7. in fine. & D. Besold. in delibatis jur. ex lib. 18. ff. quest. 11. pag. 27. quos, qui volet, adeat.*

19 Tertiò ad sententiam nostram impugnandam assertur *l. lectos. 12. cum ll. seqq. ff. de peric. & commod. rei vend. ubi dicitur, lectorum per ædilem ante traditionem concissionum periculum non ad emptorem pertinere, sed ad venditorem, Respondetur:* ibi non casu fortuito, sed culpa & incuria venditoris, qui lectos necdum traditos in viâ publicâ posuerat, damnum illud accidisse: ac proinde non injuriâ periculū eâ in specie venditoris, non verò emptoris esse. Et venditorem ibi in culpa fuisse, innuit *l. 13. vers.*

20 aut certè cum venditore ex empto agendum. *ff. eod.* Quamquam autem *Dn. Bocerus ad d. l. contractus. 23. cap. 4. n. 65. edit. 2.* hanc responsionem respuit: propterea quòd *ex d. l. 13.* pateat, periculum ad venditorem spectare ante rei traditionem; licet injuriâ non jure, ædilis lectos conciderit; adedque culpa venditoris nulla intervenerit: isthæc tamen ratio prædictam solutionem convellere haud videtur. Quamvis enim ædilis injuriâ conciderit lectos: attamen nihil impedit, quò minus & venditoris culpam intervenisse rectè asseratur, ut qui lectos venditos in via publica, sicque eo loco posuerit, quo non oportebat: atque iransam injuriæ ædilis præbuerit, *ut bene animadvertit D. Hunnius locis prædictis.*

21 Quartò opponitur *l. quòd sineque. 14. §. 1. ff. de peric. & com. rei vend.* ubi Paulus ait, si materia vendita ante traditionem furto perierit, periculum esse venditoris. *At dicendum:* illic non certam speciem venditam fuisse, sed genus, puta ligna vel trabes. Quando autem non in specie, sed generaliter aliquid venditur, veluti bos, equus, liber, &c. tunc ante traditionem venditori res vendita perimitur: quoniam genus perire non potest. *l. in ratione. 30. §. incerta. §. ff. ad l. Falcid. l. incendium. 1. ibiq. Gothofred. C. si cert. per. l. quod te mihi. §. & inibi Bartol. n. 5. ff. de reb. cred. si cert. per.*

22 Quintò pro recensita adversariorum opinione stabilicndâ citatur *l. si soluturus. 39. ff. de solutionib.* ubi hæc proponitur facti species: cum emptor & venditor essent homines suspectæ fidei; penes delectum ab emptore virum deposuit venditor mercem, & emptor nummos. Et respondet Africanus J.C. periculum tam mercis, quàm nummorum ad emptorem pertinere; eò quòd emptor delegit eum, apud quem merx & nummi deponerentur. Ex quo nunc ii, qui periculum rei venditæ ad venditorem spectare contendunt, sic argumentantur: Ergo cum certi & speciales tantum excipiantur casus, quibus damnum rei emptæ ad emptorem respicit: consequitur, aliàs regulariter & generaliter omne damnum & periculum rei emptæ ante traditionem emergens, ad venditorem redire.

23 Exceptio quippe, ex communi juris traditione, firmat regulam in casibus non exceptis, *arg. l. his verbis. 102. ubi Dd. ff. de legat. 3. l. 1. & ibi Decius n. 21. ff. de reg. jur. l. questum. 12. §. deniq. Neratius. 43. ibiq. Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat.* Verum respondendum: illos *ex d. l. si soluturus. 39. ff. de solut.* perperam argumentari. Non enim sic concludit Jurisconsultus; res vendita vel merx est periculo emptoris, eam ob causam; quòd emptor delegit hominem certum, penes quem merx deponeretur; sed ita potius ratiocinatur: quia perfecta est hoc casu emptio: ergo merx vendita est periculo emptoris. Hoc itaque textu tantum abest, ut nostra vulgaris sententia infringatur, ut etiam ipso jubare dilucidius, contra singularem aliorum opinionem, comprobetur.

24 Sextò & ultimò adduci solet *l. final. ff. de condiçt. caus. dat. caus. non secur.* ubi in contractu innominato, do ut des, periculum non spectat ad eum, qui dedit rem pro Stichò. Ergo nec spectare debet ad emptorem, qui pecuniam sive premium pro Stichò dedit. *Sed dicendum est:* in casu dicto

l. final. Stichum istum tempore contractus fuisse mortuum. Data namque fuit res pro Stichò, qui mortuus est: & eo casu hominis mortui traditio, ac promissio nulla est, *ex l. si homo mortuus. 69. ff. de verb. obligationib.* Ideoque merito periculum non debet pertinere ad eum, qui pro hoc Stichò rem dedit: sed ei repetitio rei datæ competit. Et ita hanc difficultatem explicat Petrus Augustin. *Morla prædicta part. 1. emporii jur. t. 9. in præmiss. n. 104. Ad alia, quæ nostra sententia opponuntur, bene respondet Timæus Faber d. disp. 24. sub th. 4.* Vide eandem rem aliter, & quidem satis late, resolvablem Acacium Antonium de Ripoll. *variæ jur. resolut. cap. 11. num. 301. cum seqq. pag. 356. & seq.*

Ex eo autem, quod ostendimus, post emptionem & venditionem perfectam, omne rei venditæ periculum, & omne commodum ipsum emptorem, non venditorem, respicere: rectè (quicquid velit Covarruv. *lib. 3. variæ. resolut. c. 4. n. 7. & nonnulli alii*) infertur: fructus etiam post venditionem perfectam, ex re vendita per venditorem, qui nondum tradidit, perceptos, emptoris lucro cedere. Idque clarè probat *l. fructus. 13. C. de actionib. empt.* quæ expressè cautum est, fructus post perfectum jure emptionis contractum, emptoris personam spectare. Idem confirmat *l. Julianus. 13. §. si quid servo. 18. ff. de actionib. empt.* Ubi Ulpianus ait, ad emptorem pertinere, quod servus ante traditionem ex operis suis acquisivit. Iam vero opera servi in fructu habentur, & fructibus æquiparantur. *l. quæsitum. 40. ff. de acquir. rer. domin.* Quemadmodum ergo opera, earumque emolumentum ante traditionem pertinet ad emptorem: ita & fructus ad eundem pertinere necesse est. Non leve quoque ad sententiam hanc roborandam momentum habet *l. penult. C. de action. empt.* ubi traditur, post perfectam venditionem factus creditus emptoris esse. Est autem perfecta venditio statim, cum de precio convenit, quamvis res nondum sit tradita, *ut ex princ. hujus tit. constat.* Factus igitur pecorum venditorum etiam ante traditionem ad emptorem pertinent. Atqui factus in fructu esse, non ambigitur. *l. in pecudum. 28. ff. de usuris, &c.*

Huic decisioni non obstat *d. l. Julianus. 13. §. veniunt. 27. ff. de actionib. empt.* ubi scriptum est, emptorem post traditionem frui. Ergo à contrario sensu argumento ducto, ante traditionem emptor non fruitur: & sic fructus suos non facit. *Nam respondeo:* argumentum à contrario sensu non procedere, nulliusque auctoritatis esse, quando inde vel absurditas proficiscitur, vel expressis juris textibus adversatur; *docente post alios, Nicolao Everhardo in locis suis legalib. loc. à contrario sensu n. 4.* Eodem modo responderi poterit ad *l. curabit. 5. C. de actionib. empti.* ubi rescribitur, post traditionem rei venditæ factam usuras venditori emptorem præstare: cum perceptorum fructuum ratio usuras generet, & inducat. *Etenim ex illa lege apparet quidem, post traditionem fructus ad emptorem spectare: sed non in eadem (nisi fortè à contrario sensu quis argumentari velit) negatur: quin etiam ante traditionem ad eundem emptorem pertineant.* De eadem re videantur Fabianus de Monte in *tract. de empt. & vendit. quest. 6. principal. n. 22.* & Alexander Trentaciquius *variæ. resolut. lib. 3. resolut. 6. de empt. & vend.* ubi tres casus, pro resolutione istius conclusionis, accurate considerat.

Quamvis porrò venditor periculum sive casum fortuitum, vel custodiam servi & cæterarum rerum, emptori non, nisi ita convenerit, præstet: suas tamen actiones, quas in rem habet, emptori præstare, cedere, exhibere, & mandare cogitur, *per hunc §. nostrum, in fin. l. quod sape. 35. §. si res vendit. 4. ff. de contrah. empt.* Habet autem rei vindicationem; & si res furto sit sublata, actionem furti; & conditionem furtivam; itemque actionem *l. Aquilæ, si res sit læsa: has, inquam, actiones venditor ante traditionem adhuc habet.* Cur ita? quia illæ actiones non nisi domino dantur. *l. in rem. 23. ff. de rei vindicat. l. 1. ff. de condiçt. furt. l. item Me-la. 11. §. legis. 6. & l. ob id. 43. ff. ad leg. Aquil.* At venditor ante traditionem adhuc dominus manet. *l. eum, qui emit. 14. in princip. & l. si vendidero. 80. in princip. ff. de furt.*

de furt. & apparet ex fine huius §. nostri. Rei quippe venditæ dominium non venditione, sed traditione demum ad emptorem transire & transferri certum est. l. si ager. §. o. ff. de rei vindicat. l. penult. C. eod. l. alienatum. 67. ff. de verb. significat. praealleg. §. per traditionem. 40. sup. de rer. divis. & d. l. traditionib. 20. C. de pactis.

32 Illud quoque hic subiiciendum est: fructus rei venditæ, etiam ante precium solutum, pertinere ad emptorem, arg. huius §. nostri. ubi expressum est, contractum emptionis-venditionis impletum esse, simul atque de precio con-

33 venerit. At, contractu emptionis perfecto, fructus ad emptorem spectare, relucet ex d. l. fructus. 13. C. de actionib. empti. Eodem facit l. 2. C. de usur. ubi dicitur, emptorem teneri venditori ad usuras precii nondum soluti. Ergo non debet venditor simul usuras & simul fructus percipere: ne duplici damno emptor afficiatur.

34 Non obstat Jul. Paulus lib. 2. sentent. tit. 17. §. ex die emptionis, &c. ubi affirmat expressè, ad emptorem pertinere fructus, operas servorum, fœtus pecorum, & ancillarum partus, si pars precii numerata sit. Nam ibi fructus jure pignoris tantum, in casu non factæ plenæ solutionis, ad venditorem pertinent, ut illum locum rectè intelligit Petrus Friderus Mindan. lib. 3. de processib. Cam. 35 cap. 21. n. 13. in fine. Consimiliter non adversatur l. ult. §. 1. ff. de fundo dotal. ubi Pauli sententia confirmari videtur. Siquidem illic maritus, pro portione debitarum impensarum fructus, aliis mulieri debitos, retinere potest:

36 præsertim cum venditor ipsam rem venditam, nedum fructus quasi pignoris loco retinere queat. d. l. Julianus. 13. §. offerri. 8. ff. de act. empti. l. hereditatis. 22. ff. de hered. vel act. vend.

37 Non item resistunt d. l. Julianus. 13. §. 3. cum §. seq. & l. qui pendentem. 25. ff. de actionib. empti. d. l. curabit, §. cum l. penult. C. d. tit. ex quibus æquum esse constat, ut non aliter omnes fructus ad emptorem pertineant, quam si & ipse omne precium venditori persolverit: quemadmodum & evictæ re auctor, id est, venditor non aliter tenetur auctoritatis nomine, quam si precium acceperit: & si partem acceperit, eatenus duntaxat auctoritatis nomine tenetur. Cujac. lib. 21. observat. cap. 15. in fine. Iste namque leges loquuntur de aliis remediis, contra emptorem in precii numeratione cessantem venditori permissis. Aut enim traditio necdum facta est, & emptore ante solutionem ex empto agente, venditor si velit, non modò fructus, sed ipsam rem venditam, quasi pignoris loco retinere potest: quandoquidem & evictæ re, venditor auctoritatem, nisi pro portione soluti precii non præstat. d. l. Julianus. 13. §. offerri. 8. & §. seq. ff. de actionib. empti. d. l. hereditatis. 22. ff. de heredit. vel act. vend. Aut res tradita est emptori: & tunc, eo non solvente, non modò venditi actionem intentare venditor potest, quàm cogatur emptor precium cum usuris restituere vel solvere. d. l. curabit, §. & d. l. fructus. 13. C. de actionib. empti. sed etiam inhibitoriales impetrare venditor poterit, quibus prohibeatur emptor fructus colligere, aut re prius uti, quam reliquum precii persolverit. d. l. qui pendentem. 25. ff. dict. tit. Et ita docet Petrus Friderus Mindanus d. lib. 3. de processib. Cam. cap. 21. n. 13. & 14. eumque referens Paulus Berens disp. 11. ad Instit. them. 1. q. 3.

39 Tandem & illud hoc loco addendum: quòd emens scienter rem alienam non habeat actionem de evictione, nec ad precii restitutionem: nisi aliter conventum sit, per textum apertum in l. si fundum. 27. C. de evictionib. ubi Imp. Dioclet. & Maximianus in hæc verba Theophilo rescripserunt: Si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, neq. quicquam de evictione convenit: quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. Eodem confert textus in l. in venditione. 41. ff. de action. empti. ubi dicitur, quòd deceptus ob eam rem ex empto actionem sit habiturus. Ergo non deceptus, actionem minime habebit. Accedit & hæc ratio: quòd scienti & volenti nulla injuria, nullusque dolus inferatur. l. 1. §. usq. adeo. 5. ff. de injur. l. nemo videtur. 145. ff. de reg. jur. l. cum donationes. 34. C. de transact. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. nec sciens ac volens decipiatur, nec de dolo

conqueri possit. l. 1. in fine. ff. de actionib. empti. l. venditor. 11. in princ. C. de rescind. vendit. Atque ita Dd. communiter sentiunt, Accurs. Bald. & Salicet. in l. non dubitatur. 6. C. de evictionib. Decius consil. 114. n. 4. Natta consil. 188. n. 8. Covarruv. lib. 3. var. resolut. c. 17. n. 1. eosq. cum aliis allegans Fachin. lib. 2. controuers. iur. c. 39. ubi & dissentientes refutat, & nonnullas alias quæstiones, evictionis materiam concernentes, abundè explicat.

§. Emptio tam sub conditione. 4.

Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest. Sub conditione, veluti, si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

S U M M A R I A.

- 1 Omnes contractus vel purè, vel sub conditione fiunt.
- 2 Emptio quatenus sit inutilis, si conferatur in arbitrium emptoris.
- 3 Expressa nocent, non expressa non nocent.
- 4 Addictio in diem receptissima in venditione, quomodo fiat.
- 5 Addictioni in diem similis est lex commissoria.
- 6 De quibus rebus venditor legem commissariam exerceat.
- 7 Cur in pignoribus, & non item in emptionibus, pactio commissoria improbetur.
- 8 Ius ad ea potius accommodari debet, quæ frequenter, quàm quæ raro accidunt.
- 9 Quæ conditiones seu pactiones contractui emptionis adijci soleant.
- 10 Quæ actio ex pactis, in continenti venditioni adiectis, competat.
- 11 Ex pacto de retrovendendo qualis actio nascatur.
- 12 Contractus emptionis personalem tantum obligationem producit.
- 13 Una res duplici jure censerì non debet.
- 14 Pars à suo toto dissidere nequit.
- 15 Eadem potestas contractus & distractus.
- 16 Ut contractus, ita & pactum, obligationem actionemq. personalem generat.
- 17 Plures quæstiones de pacto retrovendendi, remissivè.
- 18 An pactum de vendendo ex certa causa initum, causâ cessante, servandum sit, & c. remissivè.

Quod hic de emptione dicitur; eam non solùm purè, sed etiam sub conditione contrahi posse: id commune est omnium contractuum, ut vel purè, vel sub conditione fiant. §. omnis stipulatio. 2. sup. de verbor. obligationib. §. penult. infr. de mandato. l. sicut. 20. in princ. ff. locati. l. obligationum. 44. ff. de oblig. & actionib. l. penult. C. pro socio. Contrahitur autem purè emptio hoc modo: vendo tibi equum pro quinquaginta florenis. Sub conditione verò ita: Si Sempronius Consul factus fuerit: aut, si navis ex Asia venerit; aut, si equus intra certum diem tibi placuerit, equus quinquaginta florenis tibi venditus erit. Nec obest, quòd hæc conditio, si tibi placuerit: videatur emptionem statim reddere inutilem sive nullam, cum emptio in arbitrium emptoris collata, planè inutilis censeatur. l. in vendentis. 13. Cod. de contrah. empti. eò quòd obligatio omnis non ex voluntate pendeat: sed in se necessitatem habeat, initio tit. supra de obligationib. l. sub hac conditione. 8. ff. de obligat. & action. l. stipulatio. 17. ff. de verb. oblig. Nam dicendum; inutilem prorsus esse emptionem, si conferatur expressè in arbitrium emptoris; ut hic equus tibi emptus esto, si velis: non item, si tacitè. Hac autem conditione, Hic equus tibi sit emptus, si intra mensem tibi placuerit, tacitè emptio permittitur arbitrio emptoris; ut & illà, si displicuerit. l. quòd si noluit. 31. §. si quid ita venerit. 22. ff. de adilit. edict. Expressa quippe nocent: non expressa non nocent. l. expressa. 195. ff. de reg. jur. Marcilius & Giphanius hic in versic. veluti, si Stichus. & supr. in §. precium autem. vers. alioqui si inter, &c. hoc tit. Præterea in proposito exemplo venditio non confertur in puram ac absolutam ementis voluntatem: sed tempus certum arbitrio emere volentis præstituitur; sicque non omnino liberum, vagum & incertum relinquitur: ac proinde utilis emptio, vel inutilis, adveniente die, judicabitur: atque adeò non in diem simpliciter; sed & sub conditione contracta hic emptio dicitur, ut tradit Heigius in hoc §. n. 3.

Huc re-

Huc referantur, quæ notavi supra ad §. 1. n. 10. & seqq. hoc tit. Usus porro istius distinctionis sive differentiæ, id est, puræ sit, an conditionalis venditio, cernitur in periculo rei venditæ. Puræ namque emptionis periculum seu interitus ad emptorem; conditionalis verò, ad venditorem pertinet. *l. necessario. 8. ff. de peric. & commod. rei vend. l. cum speciem. 5. C. eod. & ostensum supra §. proximo. num. 6.*

4 Id præcipuè in emptione notandum: quasdam conditiones in ea esse singulares, has nimirum duas, additionem in diem, & legem commissoriam. Ac quidem conditio additionis in diem receptissima est in venditione. Cæterum in diem additio ita fit sive contrahitur: Ille fundus tibi sit emptus centum aureis; nisi intra Calendas Januarias proximæ meliorem conditionem alius offerat. *l. 1. & tot. tit. ff. de in diem addit. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht/ part. 2. tit. 10. & 11. pag. 272. & seq.* Melior autem conditio esse intelligitur, quicquid ad utilitatem venditoris pertinet: velut si precio addatur; vel facilius aut maturius precii solutio offeratur; vel locus opportunior solvendo precio dicatur; vel persona magis idonea accedat, putà quæ satisfactionem nullam exigat, vel ea venditori remittat, quæ ei in priori venditione gravia erant. *l. ubi autem. 4. §. fin. & l. seq. ff. de in diem addit.* Enimverò venditor necesse habet, meliore conditione allatâ, priorem emptorem certiorum facere; ut, si quod aliud adjecit, ipse quoque adjicere possit. *l. necesse. 8. ff. eod. t. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht/ pag. 276. §. Entgegen/wann ein anderer/ &c.* Et siquidem hoc actum est: ut meliore conditione allatâ, ab emptione discedatur: erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur. Sin autem hoc actum est: ut perficiatur emptio, nisi melior conditio offeratur: erit emptio conditionalis, ut docet Ulpianus in *l. 2. ff. de in diem addit. & ibidem in Paratitl. Wesenbos. n. 3.*

5 Additioni in diem non absimilis est altera conditio, in emptionibus itidem frequentissima & celeberrima, videlicet lex commissoria: veluti si quid ita venerit; ut, nisi intra certum diem precium exolvatur, sit inemptum. *l. 2. & tot. tit. ff. de lege commissor. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht/ d. part. 2. d. tit. 10. pag. 272. & seq.* Cum autem lege commissoriâ venditur; magis est, ut sub conditione resolvi emptio, quàm sub conditione contrahi videatur. *l. 1. ff. de lege commissor.* Protinus verò lex commissoria est, si emptor die præfixo non solverit, etiamsi interpellatus non fuerit. Offerre namque debet, si vult se legis commissoriæ potestate solvere. *l. si fundus. 4. §. fin. ff. d. tit.* Si tamen venditor, post diem commissoriæ legi præstitutum, precium accipiat, vel saltem petat: legi commissoriæ renuntiasse censetur: nec variare, & ad hanc redire potest. *d. l. si fundus. 4. §. eleganter. 2. l. d. lege. 6. §. ult. & l. seq. ff. eod. t. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht/ pag. 273. §. Dagegen/wann der Verkäufer/ &c.* Cæterum utrùm emptio, sub lege commissoriâ contracta, pura sit, an conditionalis, planius resolvit Hunn. *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 4. item in resol. ad Trent. vol. 2. disp. 2. q. 56. pag. 215.* Porro exercet hanc legem sive pactionem venditor, tam de ipsa re venditâ, quàm de his, quæ ex ea percepta sunt, & etiam ob deteriorationem rei, actione scilicet ex vendito, *d. l. 4. in princ. ff. de lege commiss.* Nihil siquidem penes emptorem residere oportet ex re, in qua is fidem sefellit: nisi pars precii jam soluta sit, cum qua fructus medio tempore percepti compensantur: *d. l. si fundus. 4. §. 1. ff. d. tit. Plebst. disp. 2. de jure topico Würtemberg. th. 36. ad lit. b.*

7 Nec prædictis adversatur, quòd cum in pignoribus lex sive pactio commissoria (quæ convenit, ut si intra statutum tempus pecunia soluta non sit, creditor pignus in solutum, aut in partem pecuniæ sibi habeat) omnino improbetur. *l. ubi. C. de pactis pignorum. & c.* etiam in venditionibus eadem pactio (quæ id agitur: ut, si ad diem pecunia soluta non erit, fundus sit inemptus. *d. l. 2. ff. de lege commissor.*) improbari damnaque debeat. Nam ratio differentiarum inter contractum emptionis & pignoratitium maxima est: quia tanti res solet vendi, quanti valet. Ideoque si venditio dissolvitur, venditor haudquaquam deci-

pitur. Nec movet, quòd interdum res pro minori, aliquando etiam pro majori precio venditur. Quandquidem ad ea potius debet jus adaptari, quæ frequenter, quàm quæ perrarò contingunt, teste Celsio in *l. nam ad ea. 5. ff. de legib.* Contra autem pignus solet semper fieri pro minori longè precio, quàm res ipsa valeat, ob spem futuræ lutionis. Unde multum deciperetur debitor, qui cupiditate recuperandæ pecuniæ facile in quodvis pactum consentiret. Quare voluit lex in hoc prospicere utilitati subditorum, & occurrere captionibus avarorum creditorum; ne per aliquam occasionem res indigentium debitorum pro pecunia pusilla ad se avocarent, ut latius id declarant, *Pet. à Bell. Pertica, & Dd. in l. fin. C. de pact. pignorum. & c. Joan. Andr. & Panormitan. in c. significante. 7. ext. de pignor. Tiraq. de retract. conventional. §. 36. ad fin. tit. glos. 2. n. 224. Molinens in tract. de usur. quest. 52. n. 364. Negusant. de pignorib. 4. part. in princip. Donnell. in tract. de pignorib. c. 13. Pinelus in rubr. C. de rescind. vend. 2. part. c. 1. n. 26. & 28. Bronchorst. cent. 1. miscellan. controvers. assert. 77. Petr. August. Morla in emporio jur. part. 1. t. 9. quest. 14 num. 7. ubi plures citat. Vide quoque Ant. Fabrum part. 1. de errorib. pragmat. decad. 21. error. 6. & illa, quæ explicatius tractavimus in §. creditor. 4. n. 209. & seqq. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.*

Præter conditiones seu pactiones præfatas, & aliæ emptionis contractui nonnunquam adjiciuntur: cujusmodi est pactio, ut emptor præstet usuras precii ex tempore contractus. *l. initio. 5. C. de pact. inter empt. & vendit. compos.* Item, ut venditor, qui vinum aut frumentum vendidit, similiter ex tempore contractus, præter quantitatem venditam, etiam aliud quippiam præstet, arg. *l. ultra modum. 15. ff. de actionib. empt.* Item, ut venditori quando-
cunq; , vel intra certum tempus redimere liceat rem venditam. *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. comp. Gursl. Würtemb. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 12. pag. 277.* Quibus ex pactis omnibus, in continenti venditioni adjectis, competit actio empti aut venditi in id, quod interest, aut ut venditio (veluti, si pactum retrovenditionis factum est) rescindatur: nec necessaria est præscriptis verbis actio. *l. juris gentium. 7. §. quinimo. ff. de pact. l. Imperator. 16. ff. de in diem addit. prædictâ l. si fundus. 4. in princ. ff. de lege commissor. l. qui fundum. 75. ff. de contrah. empt. l. teneatur. 6. §. 1. ff. de actionib. empt. d. l. 2. C. de pact. inter emptor. & venditor. & c.* Verum de pactis, in continenti contractibus subjectis, consulantur Interpretes variè sentientes; Cujacius *lib. 10. observ. c. 24. & ad African. tr. 8. in l. Titius. 24. ff. de præscript. verb. Connan. lib. 5. Comment. jur. civ. c. 2. n. 7. Borcholt. in Comment. de pact. c. ult. n. 54. & seq. Fachinaus lib. 2. controvers. jur. c. 98. & seq. Gæddens in Comment. de contrah. & commit. stipulat. c. 8. conclus. 2. n. 37. cum seqq. Bronchorst. cent. 1. evasio Quæw. assert. 23. edit. 1. Forsterus junior in tract. de pact. c. 8. quest. an pacta stricti juris contractibus in continenti subjecta pariant actionem. pag. 244. & seq. pluresq; alii ab iis citati.*

Enimverò valde controversitur à Doctoribus, nunquid ex pacto de retrovendendo actio realis, vel personalis nascatur? sive, quod idem est, utrùm ex hoc pacto duntaxat contra emptorem, an etiam adversus tertium, qui rem tali pacto venditam possidet, actio detur? Et licet Baldus *consil. 82. post medium. lib. 1. pactum istud de retrovendendo jus reale nominet: & Paulus de Castro in l. si, cum venderet. 13. ff. de pignorat. act. velit, ex tali pacto venditori competere utilem rei vindicationem, adversus possidentem rem, sub tali pacto venditam: tamen verior est opinio existimantium, eiusmodi pactum rem ipsam non afficere; sed saltem obligationem sive actionem personalem producere. Tum quia pactum illud contractui in continenti adjectum, ipsum contractum informare, eique inesse dicitur. *d. l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ff. de pact. l. in bona fidei. 13. ibique Dd. C. eod. l. lecta. 40. ff. de rebus credit. si cert. pet.* Atqui contractus emptionis & venditionis personalem solummodo obligationem producit. *l. 1. C. de act. empt.**

- 13 Ergo & pactum, quod contractui inest, personale duntaxat obligationem pariet: cum non debeat una res duplici jure censeretur, *l. cum, qui. 23. vers. quod absurdum. ff. de usurpat. & usucap. & accessorium dissidere à suo principali. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. c. accessorium. 42. eod. in 6.* Tum quia pactum retrovendendi, in contractu venditionis appositum, reputatur quædam pars ipsius. *l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empr. Tiraquell. in tr. de retractu convention. in præfat. n. 21. & §. I. glos. I.*
- 14 n. 1. Pars autem à suo toto discrepare nequit: adeoque quod juris est de toto quoad totum, idem de parte quoad partem esse consuevit. *l. quæ de tota. 76. in pr. ibiq. glos. & Bartol. ff. de rei vindicat. l. 3. §. I. ff. de acquir. vel amitt. poss. l. an pars. 3. ff. pro derelicto. Menoch. consil. 671. n. 8.*
- 15 Tum etiam quia eandem potestatem esse contractus & distractus: nec non pactum nihil aliud esse, quàm contractum, scribit Baldus in *l. ab emptione. 58. ff. de pact. & in rubric. C. eod. Alex. in l. stipulationum. 5. ff. de verb. oblig. Accurs. in l. 1. super verb. figur. in fin. ff. de oblig. & actionib.*
- 16 Sicut igitur contractus obligationem & actionem personalem generat: ita & pactum. Atque hanc sententiam Imperialem Cameram approbasse, testantur Mynsing, cent. 6. obs. 69 & Gail. lib. 2. obs. 16 n. 3. & 4. Eandem amplexi sunt Dn. Collega Bocerus class. 2. disp. 3. thes. 53. edit. 2. Zasius consil. 12. n. 34. cum seqq. lib. 1. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 69. Hartman. Pistoris lib. 1. questionum jur. quest. 21 n. 7. Hackelman. disp. 11. th. 8. ad lit. a. Wegner. disp. 12 thes. 2. sub lit. k. Treutler. vol. 1. disp. 28. th. 10. sub lit. c. ibiq. Bachovius in suis not. pag. 1087. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 6. item in resolut. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. quest. 59. pag. 220 cum seqq. Hartman. Hartmanni. lib. 2. observat. tit. 22. obs. 5. n. 7. & alii, ab istis annotati. Cæterum plures questiones, pactum istud de retrovendendo concernentes, diligentissimè explicant, post alios, à se allegatos, Tiraquellus in tract. de retract. convent. §. I. & seqq. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 8. & seqq. Petrus Augustin. Morla in Emporio jur. part. 1. tit. 9. quest. 14. & seqq. Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 10. de empr. & vendit. Anton. Faber. d. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 9. error. 9. & 10. item decad. 10. error. 2. & 3. decad. 22. error. 3. 4. 6. 7. & seqq. decad. 23. error. 1. 5. & seqq. decad. 24. error. 1. & seqq. item decad. 25. error. 1. & seqq. Hunnius d. resolut. ad Trentl. vol. 2. disp. 2. quest. 57. cum seqq. pag. 218. & seqq. Fachinus lib. 2. controvers. jur. cap. 2. 3. 4. 6. 7. 8. 11. 12. cum aliquot subseqq. & Matthias Berlichius conclusionum practicabil. part. 2. conclus. 1. & 2.
- 18 Porro ecquid pactum de vendendo ex certa causa initum, causâ cessante servari debeat? Et an pactum de futura venditione, ad certum tempus astrictum, eo tempore elapso, expiret? an item pactum de vendendo juramento confirmatum, in venditionem perfectam de præsentis transeat? an denique pactum de vendendo resolvatur in venditionem de præsentis, si non solum precium est expressum, & pars precii soluta, sed etiam traditio rei secuta? has questiones singulas novissimè accuratè discussit & examinavit Berlichius decis. aur. 142. cum tribus sequentib. pag. 528. & seqq.

§. Loca. 5. & ultimus.

Loca sacra vel religiosa, item publica (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit. Quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, cum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

S U M M A R I A.

- 1 Regulariter omnium rerum, quas habere, vel persequi licet, venditio fieri potest.
- 2 Rei sacra, religiosa, publica, & liberi hominis emptio quatenus valeat, vel non.

- 3 Res sacra vel publica difficile dignoscitur à re profanâ vel privata: ut & liber homo à servo.
- 4 Res sacra & similis venditioni alterius rei interdum accedit, licet per se vendi non possit.
- 5 Prohibitum est vendere res furtivas, litigiosas, dotales, feudales, & emphyteuticas.
- 6 Venenimale emptio regulariter nulla est.
- 7 Annona militaris, & frumentum publici canonis cur vendi nequeat.
- 8 Qui eunuchi vendi possint.
- 9 Purpuram vendere privatis non permittitur.
- 10 Arina, vinum, oleum & cætera liquamina barbaris seu hostibus vendere non licet.
- 11 An arida, sive frumenta hostibus vendere sit licitum.
- 12 Pœna & odia restringenda.
- 13 Lex pœnalis, in uno casu constituta, propter rationis identitatem vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extenditur.
- 14 Rem suam nemo rectè emit.
- 15 Quod alicujus est, amplius ejus fieri nequit.
- 16 Virum rei, quæ pro parte emptoris est, & pro parte solum venditoris, venditio simpliciter facta valeat, adeoque in tota re consistat.
- 17 Iure Würtembergico subditus prædium aliquod provinciale forensi vendere, aut jura sua cedere non potest.
- 18 Eodem jure cellaria, granaria, aliæque, quæ adibus adherent, separatim sine domo vendi nequeunt.
- 19 Res aliena quidem vendi potest: sed tamen propterea nihil juris domino auferitur.
- 20 Res tam præsentis, quàm futura quatenus vendantur.
- 21 Differentia inter emptionem spei, & rei futura.
- 22 Res omnes, sive corporales, sive incorporales, vendi possunt.
- 23 An jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis.
- 24 Hereditas est jus universum.
- 25 Emptor hereditatis, vicem heredis obtinet.
- 26 Portio deficiens portioni accrescit.
- 27 Precium succedit loco rei.
- 28 Heres quatenus post venditam hereditatem heres maneat.
- 29 Sententia l. si quis pecuniam. 4. §. ult. ff. si quis omnia caus. test.
- 30 An testatoris voluntas curanda, cum agitur de jura accrescendi.
- 31 Venditor hereditatis quid vendere intelligatur.
- 32 Alia est ratio emptoris hereditatis, & alia fideicommissarii.
- 33 Inter succedentes diverso jure, non habet locum jus accrescendi.
- 34 Sensus l. ex facto. 43. §. fin. ff. de vulg. & pupil. subst.
- 35 Jus accrescendi regulariter in contrahentibus non obtinet.
- 36 Venditor, etiam post venditam hereditatem, tenetur creditoribus hereditariis & legatariis.
- 37 Jus accrescendi inter quos locum habeat.
- 38 Surrogatum sapit naturam ejus, cuius in locum est surrogatum.
- 39 An emptio-venditio annuorum reddituum valeat.
- 40 Possis substantialibus partibus alicujus rei universis: & rem ipsam poni necesse est.
- 41 Substantialia emptionis tria: consensus, merx & precium.
- 42 Ususfructus pecuniâ emi potest, aliisq. titulis constitui.
- 43 Quicquid merx est, emi-vendi potest.
- 44 Annuus census rebus immobilibus connumeratur.
- 45 Ad emptionem annuorum reddituum quæ requirantur.
- 46 Proprius pecuniæ usus quis.
- 47 Calcei primus ac secundus usus quis.
- 48 Pecunia certa quantitatis, unica solutione data, quatenus cum pecuniâ permutari possit.
- 49 Emptio censetur, quando pecunia grossa datur pro minutâ.
- 50 Omnia jura, realem utilitatem adferentia, precio rectè aestimantur.
- 51 Mutuum tam fictum, quàm verum, usuram inducit.
- 52 Contractus mutui quomodo differat ab emptione annuorum reddituum.
- 53 Contractus legitimi non debent claudicare.
- 54 Natura emptionis quæ sit.
- 55 Non eventus, sed potius contrahentium intentio, inspicere debet.
- 56 In annuorum reddituum emptione enormiter laesus num compungat remedium l. 2. C. de rescind. vendit.
- 57 Sententia l. eos, qui. 26. §. I. C. de usur.
- 58 Beneficium d. l. 2. C. de rescindend. vend. ad quid tendat.
- 59 Contractus emptionis reddituum an usurarius.
- 60 Principium, non eventus spectandus.
- 61 Emptio solo consensu contrahitur.
- 62 Precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum emptionis desideratur.
- 63 Emptio-venditio qualem actionem emptori, ante precii numerationem, pariat.
- 64 In emptione & venditione ultro citroque obligatio nascitur.
- 65 Solutione ejus, quod debetur, obligatio solvitur.
- 66 Venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberatur.
- 67 In emptione annuorum reddituum quid veniat aestimandum.
- 68 In istâ emptione quid emi atque aestimari censetur.
- 69 An fundi proventus cum sorte comparetur.
- 70 Emptio-venditio quid ex parte venditoris, quid item ex parte emptoris requiratur.

- 71 In emptione consensus quale precium in venditorem transferatur.
 72 Emptio venditio ut mutuo consensu contrahitur: ita mutuo consensu resolvitur.
 73 Emptio dolo inita, an & quatenus subsistat.
 74 Intellectus l. ex empto l. si quis. §. l. Julianus. 13. §. §. & 27. ff. de actionib. empt. & consimilium.
 75 Emptio vi meturve facta, utrum valeat.
 76 Ratione l. sionis ultra dimidium iusti precii, emptio-venditio rescinditur.
 77 Cur l. sio, que non excedit dimidium iusti precii, à legibus permittatur.
 78 In definienda rei estimatione tempus contractus spectandum.
 79 Contractus ab initio sunt voluntatis, ex post facto necessitatis.
 80 Quod semel placuit, amplius displicere nequit.
 81 Sententia l. 3. C. de rescind. vendit.
 82 In omnibus aequitatis potius, quam stricti iuris, ratio habenda.
 83 Reipubl. interest, locupletes habere cives.
 84 Res tanti valet, quanti vendi potest.
 85 Venditio prae-textu paulo vilioris precii non rescindenda.
 86 Quatenus contrahentibus se invicem circumvenire, liceat. & num. 103.
 87 Nemo praesumitur vires suarum facultatum ignorare.
 88 Error in facto proprio intolerabilis putatur.
 89 Nemo praesumitur suum iactare.
 90 An beneficium l. 2. C. de rescind. vendit. etiam olim obtinuerit.
 91 Sententia l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obligat.
 92 Summa l. res bona. §. 4. ff. de contrab. empt.
 93 Nemo debet lucrari cum alterius damno.
 94 Tenor l. Lucius. 3. §. ff. fam. l. c. cund.
 95 Locatio ob viliores mercedem rescindi non potest.
 96 Sententia l. 3. C. quib. ex caus. major. in integr. rest.
 97 In bona fidei iudiciis quod inaequaliter factum est, in melius reformari debet.
 98 Verba l. quotiens. 61. ff. de adilit. edict.
 99 Consideratio l. si duos. 47. ff. de evictionib.
 100 Interpretatio l. 2. ff. de positi.
 101 Nullibi in Digestorum libris rata invenitur venditio, qua immodicam l. sionem continet.
 102 Qua notabilia sunt, perspicue exprimenda sunt.
 103 Sententia l. in causa. 16. §. penult. ff. de minorib. & similib.
 104 Verus intellectus l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. ff. de re iudicat.
 105 Num remedium l. 2. C. de resc. vend. etiam in emptore procedat.
 106 Emptor & venditor correlativè sibi opponuntur.
 107 Quod in uno correlativorum statuitur, idem in altero statuendum.
 108 Omnibus aequaliter lege succurritur.
 109 Beneficium d. l. 2. C. de rescind. vendit. cur venditori tributum.
 110 Vbi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio.
 111 Remedium d. l. 2. ex humanitate profuxit.
 112 Ignorantia in rebus alienis praesumitur.
 113 Constitutio d. l. 2. de quo loquatur.
 114 Leges Codicis ut plurimum ad certas facti species sunt accommodatae.
 115 An eadem sit ratio subveniendi emptori, qua venditori.
 116 Cujacii rationes reselluntur.
 117 Virum decisio l. 2. C. de rescind. vend. in rebus mobilibus locum habeat.
 118 Cur in d. l. 2. venditionis fundi duntaxat fiat mentio.
 119 Exempla regulam non restringunt.
 120 Nunquid venditor remedio l. 2. C. de rescind. vend. uti possit, si ei renuntiaverit.
 121 Renunciatio generalis non extenditur ad ea, de quibus verisimiliter non est cogitatum.
 122 Dolus in generali sermone non includitur.
 123 Generalis renunciatio refertur ad ea omnia, de quibus renunciatus cogitavit vel in genere, vel in specie.
 124 Iuri & favori suo quilibet renunciare potest.
 125 Notariorum stylus, pro locorum diversitate, varius.
 126 Ecquid beneficium l. 2. Cod. de rescind. vend. verum rei sua valorem scienti tribuatur.
 127 Scienti & volenti nulla sit injuria.
 128 Sciens equiparatur renuncianti & donanti.
 129 Ignoranti plus favetur, quam scienti.
 130 Liberalis nemo in necessitatibus existit.
 131 An iuramentum in contractu praestitum de non contraveniendo, excludat maiorem à beneficio l. 2. Cod. de rescind. vendit.
 132 Omne iuramentum, quod non vergit in aeterna salutis dispendium, est servandum.
 133 Absolutio requiritur à iuramento per metum extorto.
 134 Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis.
 135 Absolutio tollit vinculum iuramenti.
 136 Iuramenti vis est, ut contractum confirmet, adeo ut rescindi nequeat.
 137 Num remedium l. 2. C. de rescind. vend. non tantum ad emptionem, sed & alios contractus sit transferendum.
 138 Beneficium d. l. 2. locus est in locatione & conductione: ejusque ratio multiplex.
 139 Merces precium appellatur.
 140 Conductor emptor dicitur.
 141 Summa l. si solci. 21. C. de locato.
 142 Tenor l. si merces. 25. §. §. ff. locati.
 143 Nova leges, juris veteris correctoria, non facile extra suos fines trahenda.
 144 An constitutio l. 2. Cod. de rescind. vend. in emphyteusi locum inveniat.
 145 Argumentum à feudo ad emphyteusim sumptum, probabile est & frequentissimum.
 146 Feudum non est contractus, sed beneficium.
 147 Virum in permutationibus locus sit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.
 148 Permutatio locum obtinet emptionis.
 149 Ad objectionem responderetur.
 150 Verum dicta l. 2. sit locus in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum, remissive.
 151 Ecquid in divisionibus locum habeat remedium d. l. 2. C. de resc. vend.
 152 Divisio intelligitur quadam permutatio, emptionisq; finitima est.
 153 Quid iuris in divisione per sortem facta.
 154 Restitutionum causa ex initio dijudicanda.
 155 Propter eventus incertitudinem multa admittuntur, qua aliàs non admitterentur. Item, an & quatenus unus ex pluribus fratribus vel sociis beneficio d. l. 2. uti possit, remissive.
 156 An decisio d. l. 2. C. de rescind. vend. porrigenda sit ad stricti iuris contractus, varia variorum sententia.
 157 Qui exceptione perpetua tuius, per errorem solvit, solum condicere potest.
 158 Error potius praesumitur, quam donatio.
 159 Responderetur ad objectionem.
 160 Ad aliam instantiam responderetur.
 161 Num transiens rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum iusti precii agere queat.
 162 Referuntur Dd. illud affirmantes.
 163 Referuntur Dd. illud negantes.
 164 Referuntur Dd. distinguentes.
 165 Negantium sententia approbatur.
 166 Heres rogatus restituere hereditatem, si quadruplo minus restituat, quam in hereditate fuit, quatenus ad restituendum, quod amplius est, teneatur.
 167 Sententia l. à Divo Pio. 15. §. 3. ff. de re iudic.
 168 Quod transactionis nomine datur, non repetitur, licet res nulla media fuerit.
 169 Transactio servanda est, etiamsi dolose plus debito sit petendum.
 170 Transactio rescindi nequit sub prae-textu instrumentorum noviter repertorum.
 171 Lites transactionibus legitimis finita, resuscitari non debent.
 172 Iuramentum & transactio equiparantur.
 173 Causa per iuramentum finita, retractari non potest.
 174 Quando l. sio allegari non possit.
 175 Dubius litis eventus.
 176 Sententia & transactio comparantur.
 177 Transactiones & pacta stricti sunt juris.
 178 Transactio nihil simile cum emptione habet.
 179 Mens & interpretatio l. si superstitie. §. C. de dol. mal.
 180 Explanatio l. Imperatores. 3. §. 1. ff. de transact.
 181 Codicilli pars testamenti censentur.
 182 Consideratio l. in summa. 65. §. 1. ff. de condit. indebit.
 183 Evidens calumnia quid significet.
 184 Calumniosus quis vocetur.
 185 An in donatione procedat lex 2. C. de rescind. vendit.
 186 Donatio perfecta revocari nequit.
 187 Nemo in vitis donat.
 188 Communionem suscipere nemo cogitur.
 189 Propositum in mente retentum, nihil operatur.
 190 Quando donatori repetitio detur.
 191 Si emptor thesaurum in fundo empto invenerit, an venditor in partem illius sit vocandus.
 192 Res, qua nullius est, occupanti conceditur.
 193 Thesauri definitio.
 194 Privatio habitum praesupponit.
 195 Thesaurus ante inventionem in nullius dominio est.
 196 Thesaurus ut fundi pars non est: ita nec est fructus fundi.
 197 Commoda cuiusque rei eum sequi debent, quem sequuntur incommoda.
 198 Quod quis in suo invenit, id ei omni iure debetur.
 199 Sententia & expositio l. à tutore. 67. ff. de rei vind.
 200 In iudicanda l. sione tempus contractus inspiciendum.
 201 Thesaurus donum fortuna dicitur.
 202 Contractus venditionis & locationis sunt similes.
 203 Immodicum quid significet.
 204 Intellectus l. 2. C. de alluvionib.
 205 Argumentum à locatione ad emptionem quatenus ducatur.
 206 Conductor ob nimiam sterilitatem pensio minuenda.
 207 Ecquid auxilium l. 2. C. de rescind. vend. adversus tertium ad singularem successorem competat.
 208 Obligatio personalis non sequitur fundum.
 209 Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.
 210 Contra tertium possessorem quando agi possit.
 211 Sententia l. in causa. 13. §. fin. ff. de minorib.

- 212 An venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidium est laesus, & res vendita sine culpa emptoris perierit.
- 213 Causa dotis semper & ubique praecipua est.
- 214 Vbi quantitas debetur respectu certa speciei; specie perempta, debitor est liberatus.
- 215 In dubio magis favendum est reo, quam auctori.
- 216 Intellectus c. cum dilecti 3. & c. cum causa. 6. de empt. & vendit.
- 217 Quando emptor compelli possit ad solvendum precium, licet res sine eius culpa perierit.
- 218 Si quis vendat minori precio rem majoris precii, ea clausula adjecta, & si quid pluris valet, donat: utrum laesus ad rescindendum contractum agere queat.
- 219 Clausula (et si quid pluris valet, donat) in qua quantitate locum teneat, & quid operetur.
- 220 Quid iuris sit, si dicta clausula generalius hoc modo sit concepta: & si quid pluris valet, totum illud & omne donat.
- 221 Sermonis universalis natura qua sit.
- 222 Leges non verbis, sed rebus sunt impositae.
- 223 Sensus l. ult. §. idem quaesit. ff. de tondit. indebit.
- 224 Consideratio l. pediculis. 32 §. Labeo. 6. ff. de aur. & arg. legat.
- 225 Renunciatio generalis omnium beneficiorum, non tollit remedium l. 2. C. de rescind. vendit.
- 226 An insinuatio sit necessaria, si precii quantitas a venditore data summam 500. aureorum excedat.
- 227 Venditio viliori precio donationis causa facta, est vera donatio.
- 228 Quid donari videatur.
- 229 Remissio debiti, donatio quadam censetur.
- 230 Praecipua contrahentium intentio spectanda.
- 231 Quando venditio viliori precio facta, donationis vera naturam induat.
- 232 Nunquid venditio propter laesionem rescindatur, quando facta est cum decreto iudicis.
- 233 Minor adversus venditionem restituitur, quamvis venditio cum decreto iudicis facta sit.
- 234 Bona Ecclesia, sine decreto & solennitatibus juris alienari non possunt.
- 235 Enucleatur l. 1. C. de prad. decurionum sine decr. non alien.
- 236 Decretum iudicis omnem doli praesumptionem excludit.
- 237 Veritati quavis praesumptio cedit.
- 238 Non ex multitudine auctorum iudicandum.
- 239 Virum dispositioni l. 2. C. de resc. vend. sit locus, si venditio facta sit publica subhastatione praecedente.
- 240 Humanitatis ratio in omni venditione militat.
- 241 Quatenus res tanti valeat, quanti vendi potest.
- 242 Ecquid in datione in solutum locus relinquatur legi 2. C. de rescind. vend.
- 243 Datio in solutum voluntaria similis est venditioni.
- 244 Si ex datione in solutum iudiciali laesio inferatur, remedium appellationis competit.
- 245 Respondetur ad instantiam.
- 246 Qua actio competat ad rescindendam venditionem propter laesionem ultra dimidium.
- 247 Qua in actionem ex empto & vendito veniant.
- 248 In bona fidei iudiciis veniunt omnia, qua ex aquo & bono praestanda sunt.
- 249 Objectioni occurritur.
- 250 Redhibitio quid, & quando locum habeat, & qua actione petatur.
- 251 Ad aliam objectionem respondetur.
- 252 Maiores 25. ann. s. an & quatenus in integrum restituantur.
- 253 Officio iudicis quando sit locus.
- 254 Conditio ex lege quando detur.
- 255 Consideratio l. venditi actio. 6. C. de actionib. empti.
- 256 Ius potestatis sive retractus, generali consuetudine introductum, venditionem quandoque, retrahit.
- 257 Res majorum in familia nostra permanere debent.
- 258 Solennia retractus requisita diligenter observanda.
- 259 Ius retractus alteri cedi nequit.
- 260 Retractus intra annum & diem fieri debet.
- 261 Mora purgatio quando non admittatur.
- 262 Tempus, juri retractus praefinitum, ex quo die currat.
- 263 Retrahens justum & integrum precium emptori offerre necesse habet.
- 264 Si quod emptor extraneus solvit, justo majus sit; an hoc integrum a retrahente sit offerendum.
- 265 Ius protimiseos quatenus domino emphyteuta detur.
- 266 Antiquior fisci colonus quatenus extraneis in nova conductione praefatur.
- 267 Natura emptionis-venditionis suadet, ut tam emptor, quam venditor indemnis servetur.
- 268 Nemo duplici onere afficiendus.
- 269 Privilegium praedationis non debet esse conjunctum cum damno tertii.
- 270 Surrogatum sapit naturam ejus, cujus in locum surrogatur.
- 271 Nemini invito ius suum auferendum.
- 272 Ius protimiseos quid contineat.
- 273 Quando necessitas vendendi alicui injungitur; id de justo precio est accipiendum.
- 274 Leges venditionem, qua rei aestimationem veram excedit, non improbant.
- 275 Retrahens cum precio non solum sumptus, tempore contractus factos; sed & necessarias utilesque impensas emptori refundere tenetur.
- 276 Nisi in fraudem retrahentis impensa nimis magna sint facta.
- 277 Cautela retrahenti prodita.
- 278 Particularis precii oblatio quando sufficiat.
- 279 Mora non contrahitur, nisi debitum sit liquidum.
- 280 Quid retrahenti faciendum, si emptor oblatum precium accipere recuset.
- 281 Forma dat esse rei; adeoque ad unguem servanda.
- 282 Virum in datione in solutum locus sit retractui.
- 283 In solutum datio dupliciter fit.
- 284 Alienatio legibus prohibita, de voluntaria est accipienda.
- 285 Contractus partium consensu absolutus, ne quidem imperiali rescripto extinguendus.
- 286 Virum si res non vendita, sed donata sit, juri retractus locus sit reliquus.
- 287 Emphyteuta licet sine consensu domini rem emphyteuticam vendere nequeat: donare tamen eam potest.
- 288 Venditionis verbo quatenus omnis alienatio contineatur.
- 289 Donatio in quos conferatur.
- 290 Neque in permutatione, neque transactione, neque divisione, neque locatione, &c. locus retractui relinquatur.
- 291 An locus sit retractui, si praedium retractui obnoxium una cum aliis praediis sit venditum.
- 292 Tot censentur contractus, quot res sunt separatae, in contractum deductae.
- 293 Venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam solum Titius evincere potest.
- 294 Licet uno precio plura praedia sint vendita, de singulis tamen empti & venditi agi potest.
- 295 Consideratio c. constitutus. 8. de in integ. restit.
- 296 Num retrahens omnes res venditas retrahere teneatur, si emptor omne, quod uno precio emit, retrahenti offerat.
- 297 Beneficium a jure alicui concessum, ei invito auferri nequit.
- 298 Alteri per alterum iniqua conditio non inferenda.
- 299 Explicatur l. tutor. 47. §. 1. ff. de minorib.
- 300 Consideratur l. communi. 7. §. si debitor. 12. ff. communi divid.
- 301 Ecquid juri retractus locus sit, si inter emptorem & venditorem convenerit, ut, si quisquam retrahere velit, contractus sit nullus.
- 302 Venditio sub conditione fieri potest.
- 303 Verba & tenor l. si hominem. 19. ff. de usurpat. & usucap.
- 304 Ius retractus tantum locum habet in rebus immobilibus.
- 305 An ius retractus in venditione iurium locum habeat.
- 306 Iura inter immobilia censentur.
- 307 Quanam actiones ex contractu emptionis & venditionis nascantur.
- 308 Actio empti cui, adversus quem, & ad quid competat.
- 309 An ad domini translationem necesse habeat venditor vacuum possessionem rei vendita emptori prestare.
- 310 Quando aliquid in potestatem domini rediisse dicendum sit.
- 311 Asinina detentio ad acquirendum dominium nihil valet.
- 312 Ex naturali possessione dominium coepit.
- 313 Duo in solidum ejusdem rei possessores & domini esse nequeunt.
- 314 Quatenus traditione dominium rei acquiratur.
- 315 Quod uni juris loco deest, ex aliis supplendum est.
- 316 Incivile est, nisi tota lege perspecta, judicare vel respondere.
- 317 Verus intellectus l. si cum fundum. 68. §. ult. ff. de contrah. empt.
- 318 Explicatio & sententia l. si fundum 16. ff. de fundo dotali.
- 319 Actionem qui habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur.
- 320 Interpretatio vitio carens, legibusque conveniens, omnino admittenda.
- 321 Si res vitiosa emptori tradatur, qua actio ei concedatur.
- 322 Si res falsa commendatione plaris justo vendita sit, ad quid agatur.
- 323 Quid venditor in venditione equi prestare debeat, remissive.
- 324 Quid veniat in empti iudicium.
- 325 Actio venditi cui, ad quid, & contra quem, detur.
- 326 Num emptor usuras precii solvere venditori teneatur, quando nullos fructus ex re vendita percepit.
- 327 Consideratio l. curabit. 5. C. de actionib. empti.
- 328 Sensus l. 2. C. de usuris.
- 329 An usurarum praestationi sit locus, si venditor rem liberam emptori non tradidit.
- 330 Sententia l. Iulianus. 13. §. 21. ff. de actionib. empti.
- 331 Virum absque crimine usura venditor convenire cum emptore possit; ut, donec precium rei vendita numeretur, aliquid certi annuatim pendatur.
- 332 Emptor usuras prestare cogitur ex aequitate.
- 333 Objectioni respondetur.
- 334 Non sine labe usura potest rem carius vendere, ob concessam dilationem ad solvendum precium.
- 335 Quid emptor prestare teneatur.

DE rebus, quae emi vendi possint, Paulus JC. certam proponit regulam, dum inquit: omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest venditio recte fit: quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis

civitatis commercio exuerunt: earum nulla venditio est.

2 *l. si in emptione* 34. §. 1. ff. de contrah. empt. Huiusque regula ratio non est obscura: quia idcirco emimus rem, ut eam habeamus; & vendimus, ut precio accepto eam tradamus: proindeque quam habere non licet, eam ne emere quidem; imò cum non habeamus, ne tradere quidem possumus: docente *Ulteio ad principium huius tit. n. 21.* Unde rectè ait hoc loco Justinianus: rei sacræ, religiosæ sive sanctæ, & publicæ, itemque liberi hominis emptionem, à sciente factam, non valere. *l. hanc legem* 22. *l. litora* 5. *l. liberi* 70. cum similib. ff. de contrah. empt. Et quidem loquitur Imperator disertè de eo, qui sciens ejusmodi rem emit: propterea quòd & liberi hominis & rei sacræ, & religiosæ, & publicæ emptio, si ab ignorante fiat, subsistit. *l. & liberi* 4. *l. sed Celsus* 6. d. l. liberi. 70. ff. d. tit. Ratio ejus est libertas commerciorum: id est: quoniam difficilè dignosci potest res sacræ, religiosæ vel publicæ à re profanâ, vel privatâ: sicuti liber homo difficilè dignoscitur à servo. *l. quia* 5. ff. eodem tit. *l. iusto* 44. circa pr. ff. de usurp. & usucap. Ac sanè cum quis rem sacræ, vel similem ignorans emit: emptio intelligitur, ad hoc, ut emptor, qui rem sacræ, religiosæ vel publicæ, pro re profanâ vel privatâ, deceptus à venditore, emit; habeat actionem ex empto, per quam consequatur, quod sua interest, se deceptum non esse hoc §. nostro. Aliàs autem emptio non tenet. *l. qui officii* 62. §. 1. ff. de contrah. empt. *Wesemb. hic n. 2.* Sicque fit interdum, ut licet emptio non subsistat: emptor tamen habeat actionem ex empto, adversus venditorem, ut consequatur, quod sua interest: idque summè notandum esse, monet *Borcholt. hic n. 3.* Et copiosius, suo more, explanat *Donellus ad tit. C. quæ res vendere non poss. n. 9. & seqq.* Enimverò illud silentio involvi non debet: nec sacræ aut religiosæ alterius rei venditioni nonnunquam accedere posse, etiam si per se vendi nequeat, *l. in modicis* 24. ff. de contrah. empt. *l. quadam* 62. ff. de acq. rer. dom. Sic jus patronatûs (i. e. jus præsentandi & conferendi beneficium) quod sacræ est, transire cum universitate, certum est, c. cum seculum. 13. ibiq. gl. in verb. empt. de jure patr. *Duar. ad t. ff. & C. de contrah. empt. c. 2. p. mibi* 1362.

3 Præterea prohibitum est, vendere res furtivas d. l. si in emptione. 34. §. item si & empt. ff. de contrah. empt. §. furtivæ & §. seq. supra de usucap. l. incivilem. 2. C. de furtis, litigiosas. l. alienationes. 13. ff. famul. ercisc. l. 1. §. 1. ff. & tot. tit. C. de litigiosis. ibiq. in Paratit. *Cujacius. l. 1. §. ult. ff. quæ res pignori vel hypoth. data obligari non poss. Mynsinger. cent. 1. observ. 55.* dotales immobiles, initio tit. supra. quib. alien. licet, vel non. tot. t. ff. de fundo dotal. & inibi *Wesembec. in Paratit. l. unic. §. pen. & §. ult. C. de rei ux. act. & feudales.* Si enim vasallus citra domini consensum vendiderit feudum, eo privatur, idq; ad dominum revertitur. c. unic. de prohibit. feud. alienat. per *Lothar. & c. unic. de prohibit. feud. alienat. per Frider. Borcholt. in Comment. ad libr. Feud. cap. 8. num. 32. & seqq. Rosenthal. in Synopsi feud. cap. 9. conclus. 2. cum seqq.* Sicque quoque resemphyteuticas vendere non licet. Nam si emphyteuta, inconsulto domino, vendiderit emphyteusin: rexit ipsum jus ad dominum, & emphyteusis finitur. *l. 3. C. de jur. emphyteut.* Et hoc explicatius enodavimus in §. a teo n. 423. & seqq. infr. de locat. & conduct.

4 Veneni item mali, quod nullo modo adjectione alterius materiæ nobis usui esse potest, emptio nulla est, *l. quod sape* 35. §. veneni. 2. ff. de contrah. empt. *Menoch. lib. 2. de arbit. jud. cent. 4. cas. 359.* Adhæc non rectè quispiam vendiderit annonam militarem; & frumentum publici canonis sive publicæ anniversariæ præstationis. *l. 3. & 4. C. quæ res venire non possunt.* Utriusque ratio non obscura est: quia hæc frumenta adservari in eos usus, ad quos destinata sunt, ad summam Reipublicæ pertinet. *Donell. ad d. l. C. quæ res venire non poss. n. 48.* Eunuchi quoque seu servi castrati Romanæ gentis vendi non possunt. Barbaræ autem gentis eunuchos, si in potestatem nostram venerint, impunè vendere & emere licet, ut reliquos servos. *l. 2. C. de eunuch.*

5 Sed & purpuram vendere privatis non permittitur. *l. 1. & 2. C. quæ res venire non poss. & ad istum. r. præclare Molinæ. pag. 192. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civ. c. 7. n. 1.* Cui constitutioni mores veterum Romanorum causam dederunt. Purpura namque erat insigne summorum Magistratum, & maximè Imperatoris. Itaque hoc caverunt

Romani: ne si omnibus purpuram tingere & vendere liceret, usus purpuræ vilesceret; & præterea materia assiduo usu consumeretur. *Donell. loco præallegato, n. 58.* Et de purpurâ plura, observatu valde digna, tradit *Petrus Gregor. Tholosan. lib. 6. de Republ. c. 20. n. 7.* Sic etiam Romani arma barbaris sive hostibus vendere prohibentur: ut & vinum, oleum, garum, &c. ne scilicet armis instructi validiores reddantur: vel istis liquoribus illecti, promptius fines Romanorum invadant. *l. 1. & 2. C. quæ res exportari non deb. ubi Cujacius & Sichardus.* Quæstio autem hic movetur: cum in d. l. 1. C. d. t. dicatur, liquamina non esse vendenda barbaris vel hostibus: quid juris sit in aridis? Ut si, exempli gratiâ, mercator adveheret frumentum Turcis, qui & barbari sunt, & perpetui hostes Romani Imperii: an eadem pœnâ esset plectendus, quâ plecteretur, si vinum, aliudve liquamen adveheret? Et respondet glossa ad d. l. 1. in verbo, liquaminis. C. eod. idem eadem ratione dicendum; adeoq; legem istam à liquamine ad arida extendendam esse. Quam plossam esse auream & plurimum notandam, rectè ait *Molin. ad d. l. C. quæ res exportari non debeant.* Quamvis enim regulariter pœnæ & odia restringenda sint. *l. interpretatione. 42. ff. de pœn. c. odia. 1. de reg. jur. in 6. tamen ubi invenitur lex aliqua pœnalis, in uno casu constituta: ea propter rationis vel idenditatem, vel majoritatem, etiam ad casum non expressum extendi potest, arg. l. offa. 8. §. ult. ibi, quia intellectu aliquo ipse prohib. videtur. ff. de rel. & sumpt. funer. l. his solis. 7. ibi, satis etiam tacite cautum. C. de revocand. donat. cum similibus allegatis infr. ad §. est & inter publica. 10. n. 6. tit. de publ. judic.* Si igitur prohibitum est sub gravissimâ pœnâ oleum vendere hostibus barbaris, ob hanc maxime rationem: quòd illud adjumentum afferat ad communem vitam: quanto magis puniendus est is, qui frumenta illis advehit: cum sine iis nullo pacto commodè vivi possit. Suæ insuper rei emptionem non valere, vix dubium est. *l. etsi* 15. §. 2. & l. sua rei. 16. ff. de contrah. empt. l. cum res 4. C. eod. l. servum 37. ff. de conduct. ind. b. t. Quia quodalicujus est, amplius ejus fieri nequit. §. sed si rem. 10. supra de legat. Sed quæri hic solet: utrum rei, quæ pro parte emptoris sive alterius est, & pro parte solum venditoris, venditio simpliciter facta valeat, & in totâ re, vel in parte duntaxat, quæ venditoris est, consistat? Et breviter ex mente Doctorum concludendum est: si emptor sciat, rem pro parte tantum venditoris esse; intelligi venditionem pro parte solummodo contrahi. *l. qui tabernas. 32. ibiq. Alberic. de Rosat. ff. de contrah. empt. si verò credat emptor, rem integram & liberam esse venditoris; in solidum venditionem factam censeri, arg. l. cum venderes. 59 ff. eod. tit. l. 1. §. 1. l. si sterilis. 21. §. 1. & l. in venditione. 41. ff. de action. empt. si denique dubitetur, quid emptor cogitaverit, rursus integram rem in hoc dubio venditam præsumi, arg. l. ex his pradiis. 5. C. de evictionib. Iason in §. scitâq. discretis. n. 21. infr. de actionib. huncq; referens *Petrus Aug. Morla in empirio jur. part. 1. tit. 9. in præmiss. n. 85.* Tamen si ex quantitate precii, aliisve circumstantiis colligi possit, an tota res, vel tantum pars, vendita videatur; ut, post *Bartol. & alios plures à se citatos, notat Gomezius tom. 2. var. resolut. c. 2. n. 12. & Fabianus de Monte S. Sabini in tract. d. empt. & vend. quæst. 6. princ. num. 35.**

Jure præterea renovato Würtembergico non sine ratione singulariter cautum est: ne quis subditus prædium aliquod provinciale forense sive peregrino vendat, aut nomina sua, aliaque jura cedat. *Landrecht. part. 2. tit. 9. pag. 267. §. Wir setzen/ &c. item tit. 33. p. 321. item Landsovrnung. pag. 25. tit. daß niemand keinem/so mit unter unsers Fürstenthums Obrigkeit geseffen/ einig liegend Gut zu kauffen gebe.* Quin & cellaria, granaria, stabula, horri, aliaque, quæ ædibus adherent, separatim sine domo aut ædibus, eodem jure vendi nequeunt. *Fürstl. Würtembergisch. erneuert Landrecht d. part. 2. tit. 9. pag. 266. §. gleiches Gestalt/ &c.* Omnia quippe hæc, & similia ædium esse censentur; ac proinde divisim & sejunctè ab ipsis ædibus avellenda non sunt. *l. pradiis* 91. §. Balneas. 4. & §. seq. ff. de legat. 3. l. Julianus. 13. §. ultim. cum ll. seqq. ff. de actionib. empt. *Bertazol. in tractat. de claus. instr. claus. 26. gl. 13. quem refert & sequitur Ioannes Iacob Plebst. disputat. 2. de jure locali Ducatus Würtemb. th. 26. edit. 1. Mantica*

de conjectur. ult. volunt. lib. 9. tit. 2. num. 43. Beroius consil. 48. num. 12. vol. 2. & Surdus decis. 134. num. 313. & 15. ubi etiam dicit, quod vendito equo, seu mula, censeantur quoque vendita ornamenta, si eo tempore, quo viderunt contrahentes mulam seu equum, secum ornamenta habuerint, juxta tradita Baldi in l. 2. num. 4. C. de adil. edict. & Iasonis, in §. actionum. num. 58. Instit. de actionibus nosq. referentis Acacii Antonii de Ripoll. var. jur. resol. cap. 11. num. 346. & seq. fol. 360.

- 19 Porro res alienas vendi posse, nulla dubitatio est, respondente Ulpiano in l. rem alienam 28. ff. de contrah. empt. quia sufficit, venditorem pro evictione teneri. l. ex empto. 11. §. 2. ff. de actionib. empt. l. si fundum. 27. C. de evictionib. quo tamen nihil juris invito domino aufertur. l. nemo. 6. C. de reb. alien. non alienand. l. mater. 3. C. de rei vindicat. Gomez. d. tom. 2. var. resol. c. 2. n. 8. Wesenb. in Paratit. ff. de contrah. empt. n. 7. Mozz. in tract. de empt. & vendit. tit. de reb. que emi & vendi poss. num. 10. Fabian. de Mont. d. tract. de empt. & vend. q. 4. pr. n. 7. aliq. ab his allegati. Quibus adjiciendus est Acacius Antonius de Ripoll. d. cap. 11. n. 246. cum
- 20 seqq. p. 355. & seq. Sanè circa omnes res, tum presentes, tum futuras, ut fructus & partus, emptio & venditio versatur. l. nec emptio. 8. in pr. ff. de contrah. empt. Quinimò & spei sive aleæ emptio valet: veluti cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. d. l. nec emptio. 8. §. 1. ff. eod. l. si jactum. 12. ff. de actionib. empt. Ceterum multum refert: rei futuræ, an spei sit emptio. Hæc namque præsens & pura est, tenetque, licet nulla res sequatur. d. l. nec emptio. 8. §. 1. ff. de contrah. empt. illa verò semper conditionalis est. d. l. 8. in princip. ibi. jam tunc, & c. ff. d. tit. ibiq. Mudæus cap. 3. Gomez. prædicto cap. 2. num. 7. Proindeque nullis natis fructibus, nulla emptio est, arg. l. necessario. 8. in pr. ibi. quod si sub conditione. ff. de peric. & commod. rei vend. §. l. 1. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. & datum precium repetitur conditione sine causa. Glos. in l. si debitor. 39. in fin. in verb. responsum est. ff. de contrah. empt. Si qui verò nati fuerint fructus, quantumvis tenues; perficitur emptio; nec fit emptori ulla ob sterilitatem remissio, tradente Mudæo loco præallegato. Quod si certa & determinata rei futuræ quantitas ematur, utputà decem modii frumenti: constituitur precium ex eo, quod natum fuerit. d. l. si debitor. 39. §. 1. & ibi Bartol. Bald. & alii ff. de contrah. empt. l. inter stipu-
- 21 lantem. 83. §. sacram. 5. vers. pro quo. ff. de verb. obligat. Illud quoque hic non ignorandum; quod in venditionem cadant non solum res corporales, sed & incorporales; ut hereditas & actio. 101. tit. ff. & C. de heredit. vel act. v. ndit. ut servitus. l. si aqueductus. 47. ff. de contrahend. empt. l. arboribus. 12. §. usufructuarius. 2. l. non utitur 38. ff. de usufructu. d. l. necessario. 8. §. fin. ff. de peric. & commod. rei vend. item annuus census sive redditus, de quo vide Recess. Imperii de Anno 1548. tit. Von Bucherlichen Contracten/2c. Atque eâ de re explanatius tractatur infra n. 39. & multis subsequentibus. An porro & quatenus actiones per venditionem & similes modos in alium transferantur, & cedantur, perquam copiosè explicuit Hunnius lib. 4. var. resolut. jur. civ. part. 7. tractat. de actionib. quest. 3. & seqq. pag. 1352. & seqq.

- 22 Quæri forsan non ineptè hoc loco potest: num jus accrescendi transeat in emptorem hereditatis? Exempli gratia: Sempronius heres est institutus à Titio, ex semisse. Vendidit ille suam portionem hereditatis Cajo. Post venditionem factam portio coheredis deficit. In disceptationem sive questionem jam venit: utrum venditori Sempronio, tanquam heredi principali directo, an emptori Cajo portio isthæc deficiens accrescat? Et duæ potissimum reperiuntur contrariæ Doctorum sententiæ: una vult, venditori accrescere: altera, emptori. Prioris auctores sunt Petr. de Bellapert. Iason, Ripa, & Crot. in l. re conjuncti. 89. ff. de legat. 3. Rayn. de Forol. in l. 1. §. interdum. ff. de usufruct. accresc. Cuman. in l. Papinian. 43. ff. ad senatusc. Trebell. Sali. in l. un. C. quando non petentium part. petentib. accresc. Pasquius in tit. de tacitis substit. seu de jure accresc. lib. 3. §. 21. num. 65. vers. illud autem dubium est, & c. Ant. Gomez. tom. 1. var. resolut. cap. 10. de jure accresc. num. 44. Dn. Collega Bocer. class. 2. disp. 3. th. 16. edit. 2. & in hoc tit. num. 77. cum seqq. pag. 374. Cujacius lib. 12. observ. cap. 13. & lib. 3.

notator. Mercat. cap. 12. Bronchorst. cent. 1. ἐναρτιστικῶς assert. 93. edit. 1. Treutler. d. vol. 1. disp. 28. thes. 12. lit. a. ibiq. in suis Not. Bachovius pag. 1091. & seqq. Fachinaus lib. 10. controvers. jur. cap. 3. & cap. 69. nec non Ant. Faber. part. 2. de errorib. pragmaticor. decad. 50. error. 5. & Ortolphus Formannus disp. 22. corollar. 2. ubi citat etiam Ioannem Suevium in tract. de jur. accresc. lib. 2. cap. 2. Posterioris sententiæ assertores sunt Bartol. ad d. l. re conjuncti. 89. num. 26. ff. de legat. 3. Curt. junior in d. l. un. C. quando non petent. part. 2. & c. Duaren. de jure accrescendi. lib. 2. cap. 6. Ioan. Robert. lib. 3. animadversion. jur. civ. cap. 12. & libr. 3. not. ad notata Mercat. c. 12. Arumans Exercit. lust. 14. thes. 7. & disputat. 13. Pand. thes. 5. Andr. Gerhardi decad. 14. quest. 8. Hunnius disputat. 16. thes. 11. & lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. quest. 8. itemq. in resol. ad Treutler. vol. 2. disput. 2. quest. 63. p. 231. Atque hæc posterior sententia mihi probabilior videtur, ex subsequentibus maximè fundamentis. I. Quia hereditas est jus universum. l. hereditas. 62. ff. de 24 reg. jur. l. hereditatis. 119. & l. pecunia. 178. §. hereditas. ff. de verb. signif. Ideoque hereditate venditâ, semper illud jus venditum intelligitur, quod penes heredem futurum esset, si ea vendita non fuisset; ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud venditorem, eundemque heredem futurum fuerit. l. 2. in princ. ff. de hered. vel act. vendit. II. Quia non solum quod ad venditorem hereditatis pervenit; sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: & non tantum, quod jam pervenit; sed & quod quandoque pervenerit, restituendum est. d. l. 2. §. non tantum. 4. ff. eod. tit. III. Quia 25 emptor hereditatis, vicem heredis; atque adeo omnia jura hereditaria obtinet. d. l. 2. §. cum quis. 1. ff. eod. Quemadmodum igitur deficientis coheredis portio ipsi aliàs accrescit heredi: ita & emptori hereditatis accrescit. IV. Quia por- 26 tio deficiens, velut alluvio, portioni accrescit. l. si Titio. 33. in fin. ff. de usufruct. Cum ergo portionem hereditatis habeat emptor, non venditor: illi, non vero huic, portio deficiens accrescet. l. si totam 83. ff. de acquir. vel omit. hered. d. l. Papinianus. 43. ff. ad senatusc. Trebellian.

Nec oberit huic fundamento, si objiciatur: vendito- 27 rem habere portionem hereditatis eo ipso, quod ejus precium, quod succedit loco rei, habeat. l. si & rem 22. ff. de petit. hered. l. quia qui precio. 39. ff. de usufruct. l. si quis pecuniam. 4. §. ult. ibiq. glos. in verb. possidere ff. si quis omnia caus. test. & c. Nam Jurisconsultus in d. l. si Titio. 33. ff. eod. respexit ad eum, qui reverâ possidet rem hereditariam, aut legatam; non ad eum, qui juris interpretatione, vel fictione quadam rem habere intelligitur. Idque non obscure colligitur ex comparatione, quam ipse inter partem hereditatis deficientem, & inter alluvionem instituit. Quod enim accedit fundo vendito per alluvionem, emptoris lucro est, non venditoris: quamvis precium fundi venditi habeat venditor. l. id, quod. 7. ff. de peric. & com. rei vendit. Itaque sicut venditor fundi, non ideo fundum habere censetur, quia precium habet, ut commodum alluvionis ipsi acquiratur: ita de venditore hereditatis, aut rei legatæ, in propositâ questione dicendum est. Eâ quippe similitudine usum fuisse Jurisconsultum credibile est, ut sophisticis hujusmodi rationibus viam præcluderet. Duarenus loco supra notato.

Non item obstat assertioni nostræ, quod heres non possit 28 vendere hereditatem, nisi eam adierit: & qui semel adiit hereditatem, heres permaneat, l. ei, qui solvendo. 88. ff. de hered. instit. l. ex facto. 43. §. ult. ff. de vulg. & pupill. substit. l. aut praetor. 7. §. sed quod Papin. 10. in fin. ff. de minor. l. 2. C. de pactis. Respondetur etenim: heredem post venditam hereditatem manere quidem heredem, sed nudo duntaxat nomine: emptorem vero quoad effectum esse heredem, ut qui hereditatem, ejusq. commoda obtineat: Atqui portio deficiens non accrescit illi, qui nudum tantum heredis nomen; sed ei, qui portionem hereditatis habet: cum portio illa non personæ, sed portioni accrescat. dict. l. si Titio. 33. ff. de usufructu. Neque ad rem pertinet, si regeratur: venditorem hereditatis, ob jus & nomen heredis, quod retinet, intelligi habere portionem hereditatis. Siquidem jam antè ostensum est: quod quemadmodum alluvio accrescit veræ portioni, sive ei, apud quem vera est portio: ita quoque portio hereditatis accrescat ei, qui

- quireverat hereditatis portionem habet : non alii. *dict. l. 33. ff. de test. l. un.*
- 29 Pari ratione nihil adversatur *d. l. si quis pecuniam. 4. §. fin. ff. si quis omitta causa testamenti, &c.* ubi is, qui hereditatem vendidit, adhuc possidere intelligitur. Quandoquidem ibi non dicit simpliciter Ulpianus ; venditorem hereditatis possidere : sed videri possidere. In rei namque veritate possidere nequit : cum & dominium & possessionem in hereditatis emptorem transtulerit. Caterum quod IC. ait, illum videri possidere : id secundum subjectam materiam illius, de quo ibidem agit, edicti Prætorii intelligendum est : *ut copiosius hoc declarat Robertus d. libr. 3. animadvers. jur. civ. cap. 12. pag. mihi. 311.*
- 30 Similiter nihil urget, quod de voluntate testatoris afferatur, videlicet ei nihil dandum esse, cui nihil dari voluit testator. Nam testator ei dari voluit jus accrescendi, qui hereditatem suam habiturus est ; quam nunc emptor habet. Venditor autem isto jure se indignum fecit : qui quantum in ipso fuit, voluntatem illius repudiavit : & honori, sibi à testatore delato, pecuniam prætulit. *arg. l. ita tamen. 27. §. qui suspectam. 2. ff. ad senatuscons. Trebellian.* Adde, quod de testatoris voluntate querendum aut curandum non est, cum agitur de jure accrescendi in hereditate : quoniam in hereditatibus lex jus accrescendi inducit, invito etiam testatore : nec voluntatem defuncti spectat, nisi cum tractatur de jure prælationis, *ut in litem quod Sabinus 17. §. 1. §. l. si ita quis. 6. ff. de hered. instit.*
- 31 Rursus nullius momenti est, quod objicitur ; venditorem hereditatis id tantum vendere intelligi, quod jam ipso venditionis tempore ad eum pervenit ; proindeque non, quod postea accrevit aut accessit. *d. l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* Etenim illud eo spectat, ut intelligamus, non esse audiendum venditorem, si ex post factodicat, non aliud se vendidisse, quam quod in hereditate fuit vel mortis, vel aditæ hereditatis tempore : si modo ex hereditate, aut per occasionem hereditatis aliquid amplius consecutus sit ab aditæ hereditate. Non verò eo pertinet, ut id, quod post venditionem accreverit seu accesserit, emptori non acquiratur. Quamvis enim jus accrescendi nasci videatur post diem venditionis, si exinde coheredis portio deficiat, quæ vendita non fuit : causam tamen habet venditione antiquiorem, neque acquisitionem portionis venditæ, quam aditam & acquisitam fuisse necesse est, priusquam vendi potuerit. Hoc ipso enim, quod quis partem hereditatis adit, licet alia portio nondum defecerit, nec proinde ipsi data fuerit ; utramque tamen in eum casum, quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur ; ita ut ei postea novæ aditione non sit opus. *l. si quis heres. 3. §. l. si duo. 38. l. si solus. 80. §. ult. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Utramque igitur portionem vendidisse credendus est, *vel ex illa ipsa l. 2. §. 1. ff. de hered. vel act. vend.* ubi Ulpianus satis manifeste indicat, venditorem hereditatis omne jus, quod habuit tempore venditionis, vendidisse videri. Atque ita ad istud obiectum Cujacianum, quantumvis alias contrariam sectetur opinionem, respondet Ant. Faber. *d. decad. 50. de error. pragmatic. error. 5. pag. 1274.*
- 32 Hoc amplius non resistit, quod fideicommissarium non sequantur ea, quæ post hereditatem restitutam accesserunt, si heres sponte adierit hereditatem, *per notam a Cujacio d. libr. 12. observat. cap. 12. §. 13.* Et si enim melior videtur esse debere conditio fideicommissarii, quam emptoris ; propterea quod universalis ille successor sit, hic verò singularis : attamen certum est, aliam esse rationem emptoris hereditatis, & aliam fideicommissarii. Emptor siquidem habet jus & causam ab herede, eodemque venditore non à testatore : fideicommissarius autem non nisi à testatore, licet per manus heredis. Hincque fit, ut plus juris videatur dandum emptori, qui in omne jus venditoris sui successit, ex ipsius venditoris voluntate, quam fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluit heres, nec transferre testator, nisi quod esset in fideicommissio. Sed & videtur posse imputari venditori, cur non dixerit legem apertius ; sibi que nominatim jus illud accrescendi non exceperit. *l. veteribus. 39. ff. de pact. l. Labeo scripsit. 21. ff. de contrah. empt. facitque pro emptore, quod plerumque eadem sit causa emptoris, quæ venditoris. l. in vium. 1. §. 6. §. plerumque. ff. de reg. jur.*

Nihil quoque refragatur, quod inter succedentes diverso jure, non habeat locum jus accrescendi. *l. sed cum patrono. 6. in pr. ff. de bonor. possessionib.* Hic autem succedatur diverso jure : cum heres succedat ex testamento : emptor verò ex contractu. Nam dicendum : emptorem hereditatis repræsentare ipsum heredem, vicemque heredis obtinere : ut ita eodem jure succedere intelligatur emptor, quo heres. *d. l. 2. §. cum quis. 18. ff. de hered. vel act. vendit.*

Adhæc minime decisionem nostram imminuit textus in *d. l. ex facto. 43. §. final. ff. de vulg. & pupill. substit.* ex quo evincitur, quod ad eum, cui portio hereditatis aufertur, & fisco applicatur, pertineat portio deficiens ; non autem ad fisco, qui aliam portionem habet. Quoniam respondetur : substitutionem illic fuisse expressam coheredis, non item fisci : & coheredem satis fuisse punitum in eo, in quo fecit contra legem, ut inquit ibi Jurisconsultus *in vers. satis enim, &c.* nimirum ut suam portionem amitteret, propter fidem accommodatam de restituendo incapaci. Vel succinctius responderi poterit : in substitutione aliud esse, quam in jure accrescendi : si quidem illa personam respiciat, non verò portionem. Et ita Fachinus ipse, contraria favens opinioni, argumentum istud refutat, *predicto lib. 10. controvers. jur. cap. 3. §. 69.*

Præterea nihil negotii facessit nostræ sententiæ : quod jus accrescendi in contractibus non obtineat, *arg. si mihi Titio 10. in princ. ff. de verb. obligationib.* utpote in quibus totum negotium strictæ præfixæque contrahentium dispositioni relinquatur, *arg. d. l. veteribus. 39. ff. de pact. l. irritum. 94. §. l. quidquid. 99. ff. de V. O.* Primum enim dicendum est : emptionem venditionem hereditatis excipi : eo quod emptor hereditatis vicem heredis sustineat, *d. l. 2. §. cum quis. 18. ff. de hered. vel act. vend.* Deinde respondendum : emptorem in nostro casu non tam ex contractu, quam ultimæ defuncti voluntate jus accrescendi habere : cum testator credatur voluisse, ei tribui jus accrescendi, qui hereditatem suam, quam nunc emptor tenet, sit habiturus, *ut explicatum sup. n. 30.*

Insuper parum movet in contrarium, quod venditor, etiam post venditam, & jam præstitam hereditatem, teneatur creditoribus hereditariis, itemque legatariis, *l. 2. C. de hered. vel act. omib. vendit. l. 2. C. de legatis.* Nam ideò à creditoribus & legatariis heres, itemque venditor, & non emptor, convenitur : quia heres debitor non potuit illorum jus contrahendo tollere aut mutare. *l. debitorum. 2. §. cum l. seq. C. de pact.* nec in aliam personam transferre obligationem, quam aditæ hereditate, quasi contrahendo, sponte suscepit. *§. heres. §. infr. de obligat. quæ ex contract. nasc.* Wesenbec. in Paratit. *ff. de hered. vel act. vendit. n. 5.*

Finaliter non obloquitur nostræ sententiæ, quod jus accrescendi inter eos regulariter duntaxat locum habeat, qui ab ipso testatore conjuncti sunt, *argum. §. si eadem res. 8. supr. de legat. l. triplici modo. 142. ff. de verb. signific. l. Attius. 11. l. heredes. 63. ff. de heredib. instituend. l. unicus. §. his ita definitis. 10. §. seq. C. de caduc. tollend.* Atqui emptor hereditatis non fuit cum eo, qui defecit, à testatore conjunctus ; sed heres, qui vendidit hereditatem. Huic proinde, non verò illi portio deficiens accrescere debet. Non, inquam, hoc nostræ sententiæ obloquitur. Quia respondetur : emptorem hereditatis non quidem conjunctum fuisse ab ipso testatore heredi deficiente in hereditate : sed tamen in hereditate vicem ejus, qui à defuncto heredi deficiente conjunctus fuit, repræsentare ac sustinere ; & consequenter ejusdem jure gaudere. *d. l. 2. §. cum quis. 18. ff. de hered. vel act. vend.* cum surrogatum sapiat naturam ejus, cuius in locum surrogatum est : & qui in locum alicujus successit, succedat etiam in ejusdem jura, *arg. l. si eum. 10. §. qui injuriar. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. fact. l. si judex. 32. §. l. mortuo. 66. ff. de judic. l. filia. 28. §. 1. ff. de condit. & demonstr.* Atque de isthac quæstione vide novissimè latius dissertantem Erasmus Ungepaur *exerc. iust. 12. quæst. 3. pag. 441. & seqq. edit. ult. itemque D. Besoldum in delibatis juris ex lib. 18. ff. quæst. 8. pag. 22. & seq.*

Addenda hoc loco difficilis illa quæstio est : an emptio, venditio annuorum reddituum, pensionum sive censuum sit licita & valeat ? De hac quæstione licet mirificè Doctores disceptent, aliis in alia opinionum divortia trans-

euntibus; ut apparet ex iis, quæ latè tradidere Andreas Tiraquellus in *Commentar. de retract. lignagier*. §. 1. gloss. 6. num. 15. & seqq. Eachinaus lib. 2. *controversiar. jur.* c. 42. cum seqq. & lib. 8. cap. 2. *Hotoman. lib. 2. obs.* 15. Petrus Friderus Mindanus lib. 2. *de mandat. judic.* cap. 72. & Hunnius d. lib. 3. *var. resolut. jur. civil. tract.* 7. part. 1. *quæst.* 2. item in *resolut. ad Treutler. vol. 2. disp.* 2. *quæst.* 36. pag. 177. & seqq. aliq. ab istis relati: eorum tamen probabilior mihi sententia videtur, qui annuorum reddituum emptionem-venditionem subsistere contendunt. Ubique enim sunt omnia & vera emptionis venditionis substantialia, ubi quoque emptionem esse necessum est. Positis quippe substantialibus partibus alicujus rei universis, utique & rem ipsam poni necesse est. Atqui in venditione annuorum reddituum omnes ac singulæ partes emptionis substantiales ponuntur. Igitur emptionem-venditionem annuorum censuum seu reddituum veram esse emptionem necessum est. Assumptio hoc modo probatur: Partes substantiales emptionis-venditionis tres perhibentur: consensus, merx & precium, *arg. principii* & §. 1. *huius tit. l. 1. l. nec emptio*. 8. cum l. seq. ff. *de contrah. empt.* De consensu mutuo ementis & vendentis annuum redditum, quin ille intercedat, planè non dubitatur: quoniam is ab omnibus præsupponitur. De precio itidem constat, quod sit ea pecunia, quæ pro annuo censu sive redditu datur. Merx verò, quæ emitur & venditur, sunt annui redditus. Hi siquidem sunt res certæ: ac proinde emi vendique possunt. d. l. *nec emptio*. 8. ff. *de contrah. empt. l. jubemus*. 14. §. *fin. C. de sacrosanct. Eccles. Clement. monasteriorum*. 1. *de reb. Eccles. non alienand. Novell.* 72. cap. 7. Fridericus Martini in *Commentar. de jure censuum, seu annuorum reddituum*, & c. cap. 3. num. 139. cum seqq. & c. 6. num. 8. & seqq. item num. 170. & seqq. Conradus Summerhard. *de contractib.* q. 72. & 73. Iohan. à Medina. *de reb. per usur. acquisit. quæst.* 12. Dominicus de Soto. *de iur. 42 sit.* & *jur. lib. 6. q. 5. artic. 1.* Adhæc indubitatum est: usumfructum posse pecuniâ emi. l. *necessario* 8. §. *ult. ff. de peric. & com. rei vend. aliisque titulis constitui*. l. *omnium*. 3. ff. *de usufruct.* Igitur consimiliter & annui redditus, sive in fructibus, sive in pecuniâ solvendi, emi vendique poterunt: cum inter usumfructum & annuum redditum, quoad propositum, nulla evidens ratio diversitatis dari queat. Præterea quicquid merx est, & rebus immobilibus connumeratur: illud, nisi specialiter prohibeatur, vendi & emi potest, *arg. huius §. nostri*. Atqui annuus census sive redditus merx est, & rebus immobilibus annumeratur, *per textum apertum in Clement. ex vi.* 1. §. *cumq. annui redditus post princip. de verbor. significat. d. l. jubemus*. 14. in princ. ibi, *annonas civiles. C. de sacrosanct. Eccles. Novell.* 7. in princ. ibi, *aut civiles annonas*, & c. *Novell.* 120. c. 1. Idque fusiùs demonstrant Tiraquellus d. *Comment. de retract. lignag.* §. 1. gloss. 6. num. 4. Molinaus in *tract. commerc. quæst.* 37. num. 273. Mynsing. cent. 1. obs. 69. Gail. lib. 2. *observat.* 10. num. 1. & alii per eos allegati. Ideoque annuum redditum emi & vendi posse, omnino statuendum est: si modò hæc tria requisita concurrant. Primum, ut emptor precium venditori det absque ullâ repetendi facultate. Secundum, ne pensio, census vel redditus justam quantitatem ratione precii excedat. Tertium, ut redditus semper & liberè à venditore, restitutâ sorte, redimi queat. Molin. d. *tract. commerc. quæst.* 50. num. 351. Frider. Felician. *de Solis. lib. 1. de censib. cap.* 10. num. 28. Mindan. d. lib. 2. c. 72. num. 4. ubi hæc requisita paulò latius explicat. Atque istam sententiam non solum Pontifices, Martinus V. & Calixtus III. comprobaverunt, c. 1. & 2. *Extravagant. de empt. & vendit.* verum etiam Divi Imp. Maximilianus I. Anno 1500. & Carolus V. Anno 1530. & Anno 1548. constitutionibus suis Augustæ promulgatis confirmarunt, *sub tit. von wucherlichen Contracten*. Vbi saluberrimè cautum est: emptiones & venditiones annuarum pensionum, censuum atque reddituum licitas quidem & permissas esse: ita tamen, ut pro centum aureis quinque tantum annuatim recipiantur: & quod supra hanc summam accipitur, usurarium existimetur. Gail. d. lib. 2. obs. 5. n. 11. & obs. 7. n. 15. Cui consonat etiam jus nostrum renovatum Wirtembergicum *part. 2. t. 9. pag.* 264. §. *derwegen auch* & c. Eidemque sententiæ subscripserunt tum sinceriores Theologi, D. Jac. Andrea, univer-

sitatis huius Cancellarius olim dignissimus, Socrer meus reverenter colendus, In der Abfertigung des ungegründeten Gegenberichts der zu Regensburg An. 1587. geurlaubten Prediger. & passim in *Concionib. suis de usuris, Ratisbona habitis*. & D. D. Ioan. Brentius in c. 6. *Luc. homilia.* 61. & cap. 19. *Luc. homilia.* 29. item inter consilia Theolog. D. Bidebachii *decad.* 1. *conf.* 4. & alii nonnulli. tum saniores Jureconfulti. Carolus Molin. d. *tr. commercior. num.* 20. & seqq. Didacus Covarruv. lib. 3. *var. resolut. c. 7. num.* 2. Gail. d. lib. 2. obs. 7. num. 5. & seqq. Matth. Stephan. cent. 3. *quæst.* 52. Hunnius *locis supra allegatis. Forster. lib. 3. disp.* 18. th. 7. Hackelman. *disput.* 11. th. 3. ad lit. F. Paulus Berens *disp.* 11. ad *Institut. them.* 1. *quæst.* 6. Fridericus Martin. d. *Comment. de jure censuum*, & c. c. 3. num. 137. & seqq. D. Besoldus in *delibatis juris ex libro* 18. ff. *quæst.* 5. pag. 21. necnon idem Besold & Lindenspür. in *Commentar. ad ordinationes politicas Ducatus Wirtembergici. fol.* 24. Vom Aufnehmen der Gülten num. 9. cum seqq. pag. 63. & seqq. alique plures.

Non obstat huic traditioni, quod proprius ac primus usus pecuniæ sit, ut per eam ceteræ res æstimentur: non, ut ea sit sui ipsius æstimatio. l. 1. ff. *de contrah. empt.* l. 1. ff. *de rer. permutat.* §. *item precium*. 2. *supr. hoc tit.* ac proinde non liceat emere annuos redditus, pecuniâ solvendo; & sic pecuniam aliâ pecuniâ æstimare, pecuniamque pecuniâ emere: cum ex hoc usus pecuniæ pervertatur. Illud, inquam, non obstat. Etsi enim primus ac proprius hic sit pecuniæ usus, ut eâ res aliæ æstimentur: non verò, ut sit sui ipsius æstimatio: nihil tamen quicquam impedit, quo minus secundus & improprius usus pecuniæ in sui æstimatione consistat, & cum aliâ pecuniâ commutetur: sicut & calcei primus ac proprius usus est, ut pedem tegat: improprius autem & secundus esse potest, ut cum aliâ re, puta gladio, permutetur: maxime cum nemo unquam dubitaverit, quin pecunia aurea cum argenteâ itemque argentea cum aereâ permutati possit: quod Campsores quotidie facere conspiciuntur. Unde fit, quod & pecunia certæ quantitatis unicâ solutione data, permutari & mensurari possit cum pecuniâ, quæ minori summâ, pluribus minoris summæ solutionibus reddenda sit: siquidem minores illæ & plures solutiones, unicâ isthac majori æstimentur. Ac sanè emptionem censer, quando pecunia grossa datur pro minutâ, docet Bartolus in l. *nummis*. 3. num. 2. ff. *de in lit. iur. eumque referens Pinelus in l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. rubr. c. 3. num.* 15. Præterea diligenter observandum est: in annuis redditibus, emptionis titulo comparatis, pecuniam non esse mercem, nec sui ipsius æstimationem. Haud enim annua pensio in pecuniâ solvenda; sed potius jus ipsum percipiendi annuam pecuniariam pensionem æstimatur & emitur. Quod quia realem adfert utilitatem: ceu merx, precio emi potest: sicuti jus venandi, jus servitutis, jus jurisdictionis, jus percipiendi tributum, & similia jura, realem utilitatem adferentia, precio rectè æstimantur & comparantur. Molin. d. *tract. commercior. num.* 20. in fin. Covarruv. d. lib. 3. *var. resolut. c. 7. n. 2. vers. non oberunt*, & c. Frid. Martini. d. c. 3. n. 150. & seqq.

Nihil quoque obstat, quod mutuum non tantum verum, sed & fictum; usuram constituit & inducit. c. *ad nostram*. 5. *de empt. & vendit. c. illo vos*. 4. *de pignorib. cap. in civitate* 6. *de usur.* Ast in hac emptione annui redditus, in pecuniâ constituti, mutuum saltem fictum & interpretatione quadam intercedit. Quemadmodum enim in contractu mutui debitor in eodem genere reddere tenetur. l. 2. ff. *de reb. credit. si cert. pet.* siquidem transit pecunia in dominium recipientis & ejus est periculum, *arg. l. incendium*. 11. C. *si certum petitur*. sic & in hoc contractu, quo annui redditus emuntur, debitor eodem in genere reddere obligatur, id est, pecuniâ: ejusque dominium acquirit, & periculum subire compellitur. Usura verò hic subesse videtur ex eo, quod pecunia immediatè fructum pecuniarium, pro rata sortis & temporis parit. Nihil, inquam, hoc obstat. Quia contractus mutui, sive veri, sive (ut loquuntur) interpretativi, ab emptione annuorum reddituum seu censuum perspicue differt. Nam in mutuo pecunia mutuò data salva manet creditori, & repeti potest secundum conventionis legem: sed in emptione annuorum reddituum fors, tanquam

tanquam precium in venditorem illico transfertur; adeo, ut emptor eam, quamdiu redditus solvuntur, revocare & repetere nequeat. Quin & in mutuo sub usuris principalis obligatio nascitur ad ipsam sortem, & accessoria ad usuras. Verum in emptione annuorum reddituum principalis obligatio non est ad sortem repetendam, sed ad annuam pensionem præstandam. Itaque in hac specie supra sortem nihil accipitur: sed loco sortis, id est, precii perpetuo alienati, annuus redditus, seu merx emptæ, singulis annis numeratur & redditur. *Molin. d. tract. commerc. num. 21. Covarruv. d. lib. 3. resolut. cap. 7. num. 2. vers. secundaratio, &c. Guilhelm. Bont. in tract. de usur. num. 58. eumq; citans Frider. Martini d. cap. 3. num. 146.*

53 Nihil item obstat, quod contractus jure comprobati & legitimi non debent claudicare: nec debet contrahentium alius præ alio aggravari, *arg. l. non debet alteri. 74. ff. de reg. jur. c. non debet. 22. eod. in 6.* Sed in reddituum venditionibus valde prægravatur emptor præ venditore; quod huic, restituto precio, recedere à contractu liceat pro libitu, illi vero nequaquam. Hoc, *ajo*, nihil obstat. Etenim quod emptor sortem seu precium, quando vult, reddere ac recipere non potest, hoc cum iniquitate conjunctum non est. Si quidem hæc natura & indoles est emptionis, ut precium in venditorem irrevocabiler transeat. Nec illud iniquum est, quod emptor, precio recepto, cedere jure suo cogitur: quoniam exinde nullum patitur damnum; eo quod suum recipit. Et licet damnosum fortassis ei foret: tamen sibi imputet cur hujusmodi inierit contractum. Sed & contractum aliquem claudicare, & uni lucrosum, alteri damnosum esse posse, argumento est contractus societatis; imò & mutui, qui lucrum debitori duntaxat affert: creditori damnosus esse potest. Quid enim, si creditoris inter sit plurimum, pecuniam suam habere, ut quæ ipse indigeat? Non utique tenetur debitor ante diem præfinitum pecuniam reddere, tametsi hoc damno creditori sit cessurum.

55 Haud quippe eventus consideratur: sed ipsa potius contractus natura, ipsorumque contrahentium intentio inspicitur. *Hunn. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 2. vers. ad duodecimum, &c. pag. 1076.* Similiter non obstat, quod si de jure valida esset emptio-venditio annuorum reddituum: tunc etiam remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* in ea locum haberet, & ita læsis saltem ultra dimidium justii precii, subveniendum esset. *Consequenter* namque negatur: quia illis, qui in annuorum reddituum emptione circumventi & læsi sunt enormiter, non opus est beneficio

57 *de l. 2. C. de iur. Tit.* Tum quia si talis interveniat læsio; contractus ob defectum necessarij requisiti ipso jure nullus est: ita ut nullâ penitus indigeat rescissione, *argument. l. non dubium. §. C. de legib.* Tum etiam quia satis prospectum est emptori *per l. eos qui 26. §. 1. C. de usu.* ubi conventio, quæ usuræ promissæ sunt, si modum præfinitum excedat, infirma pronunciatur. Proinde si annua pensio legitimum usurarum modum egrediatur, atque in fraudem legitimarum usurarum fiat: contractus emptionis non servabitur.

58 Quin nec ideo propositum argumentum concludit: quia beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* non ad contrahendam emptionem-venditionem pertinet, nec essentialia emptionis venditionis requisitum continet: sed ad resolvendam emptionem spectat. Unde sanè perperam concluditur: quod in quo contractu deficiat remedium *d. l. 2.* ille emptio-venditio dici nequeat. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad decimum tertium, &c. pag. 1077.*

59 Præterea non obstat: quod, cum post aliquot annorum curricula, nempe post 20. annos, redditus excedant precium, palam sit; annuorum reddituum emptionem esse contractum usurarium: & consequenter illicitum; ac jure improbatum. Nam propter illud contractus iste emptionis non censendus est turpis aut illiberalis: cum emptor non ex re alienâ, sed propriâ (nimirum ex emptis redditibus sive jure percipiendi istos redditus) fructum percipiat: & idem in aliarum rerum sive prædiorum emptionibus evenire soleat, ut videlicet post multos annos lucrum & utilitas rei emptæ precium datum excedant: & tamen nemo propterea hujusmodi emptiones iniquitatis damnavit unquam. Principium enim, non eventus considerari debet: sufficitque, contractum emptionis reddituum initio neq; ex

formâ, neque ex intentione contrahentium usurarium fuisse, *Andr. Gail. d. lib. 2. observ. 7. num. 8. Berens d. quest. 6. pag. 257.*

Hoc amplius non obstat, quod emptio ex eorum contractu numero est, qui solo consensu contrahuntur, *et. tit. supr. de obligationib. ex consensu. & per principium hujus tit.* Hæc autem conventio annuorum reddituum re contrahitur; & antequam numerata pecunia sit, nulla obligatio concipitur, *teste Hotomano d. lib. 2. observation. c. 15.* Nam respondetur: conventionem istam, quam primum contrahentes consenserint, veram perfectamque emptionem esse: adeo, ut precii numeratio non ad perfectionem, sed ad complementum ejus desideretur: sicut & in qualibet emptione aliâ accidit. *Nec movet*, quod priusquam precium fuerit numeratum, efficax obligatio inde non nascatur. Præterquam enim, quod in nudo Hotomani testimonio nititur, commune hoc cum aliâ quavis emptione habet: quandoquidem emptio-venditio emptori, etiam ante precii numerationem, actionem quidem parit; sed talem, quæ per exceptionem elidatur. *l. Julianus. 13. §. offerri 8. ff. de act. empt. & dictum supra ad principium hujus tit. n. 16.*

Insuper non obstat, quod in emptione & venditione ultro citroque obligatio nascitur: ac propterea bonæ fidei judicium ex eo contractu constituitur. Ast hoc in negotio; & is solus, cui fundus traditur, obligatur, & restrictè ex iis tantum, quæ linguâ nuncupata sunt, adstringitur. Hoc, *dico*, non obstat. Quia ex emptione-venditione annuorum censuum seu reddituum ultro citroque obligatio nascitur. Nam sicut census ad annuam pensionem; ita censitor ad precii solutionem obligatur. *Frideric. Martini. d. cap. 3. num. 173.* Deinde nihil absurdi statueretur, etiam si diceretur: hunc qui fundum tradidit, obligatum non esse: cum traditione & solutione ejus, quod debetur, liberatio contingat: atque obligatio ista, quæ prius tenuit, dissolvatur, *initio tit. infr. quibus mod. tollit. obligat.* Sed & hoc idem in cæteris emptionibus obtinet; ut venditor præstatione ejus, quod vendidit, liberetur; & emptori obligatus esse definat. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad secundum respondeo, &c.*

Pariter non obstat, quod in emptione contrahendâ res, quanti quanti est, in solidum æstimetur: hic autem non fundus, sed ejus tantum annuus proventus æstimetur. *Et enim respondetur*: in emptione-venditione annuorum reddituum idcirco non totum fundum, sed proventus duntaxat illius annuos æstimari: quia non ipse fundus, sed annui duntaxat ejus redditus emuntur & venduntur. Proinde sicut in cæterarum rerum venditionibus res venditæ æstimantur: ita quoque in hac annuorum reddituum venditione res vendita, annui scilicet redditus, æstimatur. *Hunn. d. quest. 2. vers. ad tertium, &c. pag. 1075.*

Minimè etiam obstat, quod in emptione-venditione annuorum reddituum solus proventus fundi æstimatur atque emitur: fundus autem ipse gratis, ac sine ullo precio, calidè & subdolè venditori censuum aufertur. Nam per emptionem-venditionem annuorum reddituum fundus, cujus redditus sunt venditi, nequaquam domino aufertur, & ad emptorem transfertur: sed in domini, census sive redditus vendentis, dominio & possessione remanet: solumque jus percipiendi annuos redditus ex ipso fundo venditur, & emptori acquiritur. *Frideric. Martini. d. cap. 3. num. 174. Fachin. d. lib. 8. controvers. jur. cap. 2. vers. his verbis tria, &c.*

Simili ratione non obstat, quod fundi proventus cum decimâ, aut duodecimâ sortis parte comparentur; adeoq; usura palliata constituatur & exerceatur, *asserente Hotomano loco supra designato.* Non enim proventus cum sorte; sed precium, quod datur, cum jure census, quod emitur, comparatur: atque ita juxta communem hominum æstimationem, precium & jus, seu merx, ad æqualitatem redigitur. *Frideric. Martini. d. cap. 3. num. 176.*

Denique non obstat, quod emptio & venditio, ut ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumque precium, quod ab emptore verè & naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, requirit. *l. 1. ff. de contrah. empt. l. penult. C. de rer. permutat.* Ast in hac conven-

71 tione nulla precii quantitas pro fundi fructibus constituitur, quæ emptori detrahatur. Imò tantum abest, ut illi aliquid decedat, ut contra potius accedat: utpote cum ipsius pecunia ex fundi fructibus sine ullo impendio suo amplifetur. Hoc, inquam, non obstat. Siquidem falsum est, quod in emptione census nullum certum & definitum sit precium quod ab emptore verè ac naturaliter abeat, & in venditorem transferatur. Nam pecunia, quæ venditori census numeratur, est precium certum ac definitum, quod in venditoris dominium transit: idque apud eum remanet, donec ex vi pacti, de retrovendendo, novus emptionis & venditionis contractus celebretur; atque pecuniâ restituta, census redimatur. Sicut & is, qui domum, agrum, vineam pratum, vel hortum cum pacto redimendi vendit, pecuniâ, quam accipit, fit dominus, emptorque fructus prædii sive rei emptæ percipit, donec redimatur, l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. & c. Fach. d. lib. 8. c. 2. vers. hominis delirantis, & c. Frid. Martini d. c. 3. n. ult. & Hunnius d. quest. 2. vers. ad quintum, & c. ubi id fusiùs declarat.

72 Quemadmodum porrò emptio & venditio mutuo consensu contrahitur. l. 1. §. ult. l. in vendit. 9. in pr. ff. de contrah. empt. & uberius explicatum supra ad principium huius tit. n. 15. ita eadem mutuo partium dissensu, dum res est integra, dissolvitur, §. fin. infr. quib. mod. tollit. obl. l. 2. l. cum empt. §. & tot. tit. ff. de resc. vend. l. 1. juris gentium. 7. §. adeo. 6. & l. ab emptione. §. 9. ff. de pact. Huncque modum esse contractus dissolvendi universalem, ut quo quid contractum, eodem modo solvatur, in omnium confesso est. l. nihil tam naturale. §. 5. ff. de reg. jur. l. prout quidq. 80. ff. de solut. d. §. fin. infr. quibus modis tollit. obligat. Sed & emptionem dolo initam ipso jure nullam esse, verius est. l. & eleganter. 7. in princ. ibi, aut nullam esse venditionem, & c. ff. de dol. mal. l. 3. §. ult. ff. pro socio cum similibus. Nec huic obstant, l. ex empto. l. 1. §. si quis virginem. §. l. Julianus. 13. §. per contrarium. §. & §. si quis colludente. 27. ff. de actionib. emptor. item l. si dolo. §. C. de rescind. vendit. ex quibus dicendum videtur, quod contractus emptionis, cui dolus causam dedit, mero jure subsistat. Nam ad istos, & concordantes, qui in contrarium opponi solent, textus brevissime respondendum est: eos loqui de dolo incidente. Indubitata quippe, & crebrius recepta conclusio est: si dolus bonæ fidei contractui, qualis est emptio, causam præbuerit, contractum ipso jure nullum censei: si verò incidens fuerit dolus, hunc ex ipso contractu bonæ fidei, vel exceptione doli emendari: at stricti juris contractum (sive dolus ei causam dederit, sive inciderit) ipso quidem jure subsistere: sed doli tamen actione, vel exceptione dolum vindicari & repelli. Mynsing. cent. 6. observ. 38. num. 3. Arumæus Exercit. Iustin. 14. thes. 6. Vult. lib. 2. Jurisprud. Rom. cap. 4. num. 88. latè in utramq. partem disputans Bachovius in suis not. ad volum. 1. Treutleri, disputat. 28. thes. 2. lit. F. pag. 1060. & seqq. ibidemq. in suis resolut. Hunnius vol. 2. pag. 326. & seqq. Hancque rem sufficientissimè explicui in §. actionum autem. 28. infra tit. de actionib. num. 17. & multis subsequentibus:

73 quò Lectorem industrium remitto. Cæterum quamvis emptionem vi metuvè factam valere, non admodum dubitetur; cum coacta voluntas, voluntas existimetur. l. si mulier. 21. §. si metu. §. ibi, tamen coactus volui. ff. quod metu caus. quia tamen res pessimi exempli est; rata non habetur emptio, sed rescinditur l. 1. §. l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit. l. si per vim. 4. l. non interest. 5. l. cum te domus. 8. & l. si per impressionem. 11. C. de his que vi, metu vè causa gesta sunt. Iohan. Robert. lib. 3. animadvers. jur. civ. c. 3. Tametsi emptionem vi & metu contractam, ipso jure irritam esse, speciosè defendere nitatur Donellus ad d. l. 1. C. de rescind. vend. num. 6. & seqq. Cujac. in notat. ad animadvers. lib. 3. cap. 3. & Hunn. in d. resolut. ad Treutler. vol. 2. 76 disput. 2. quest. 44. pag. 192. & seqq. Quin & ratione læsionis ultra dimidium justî precii, emptionem-venditionem rescindi, Imp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt. d. l. 2. C. de resc. vend. veluti, si venditor rem, centum aureis dignam, minus quinquaginta, nempe 48. aut 49. aureis vendiderit: aut si emptor rem minus 50. aureis dignam, centum emerit. Sed videantur Molinaus in tract. commercior. & usurar. quest. 14. num. 175. cum seqq. & in consuetud. Paris. t. 1. §. 22. num. 46. Pinelus in Commentar. ad

d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. num. 6. Fachinanz lib. 2. controvers. jur. cap. 16. Andreas Gerhardi deced. 14. quest. 10. in fin. Forcatu. Necyomant. dial. 100. num. 2. Mynsinger. cent. 4. observ. 73. & D. Obrecht. disput. 35. th. 105. & seqq. Sanè jure nostro renovato Württembergico 77 hac in parte non dupli, sed tripli ratio habetur. part. 2. t. 14. pag. 282. Dn. Collega Besold. vol. 3. consil. 139. fol. 212. & seqq. Cur verò læsio, quæ non egreditur dimidium justî precii, à legibus permittatur, ratio hæc videtur esse: ut incuria expellatur; & diligentia, quam hominum natura desiderat, maximè in his contractibus, quibus par est conditio, excutatur: & quodammodo læsi impostero cautius mercari curent sive discant. l. incivilem. 2. C. de furtis. Arumæus Exercit. Iustin. 14. ad th. 8. circa finem. In desipiendâ autem 78 rei æstimatione tempus contractus spectandum esse, apparet ex d. l. si voluntate. 8. in fin. ibi, nisi minus dimidio justî precii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset. C. de rescind. vend. Donell. ad d. l. 2. C. d. t. n. 9. & seqq. Enimverò si is, qui duplo minus dedit, quam accepit, contractum ob injustum precium rescindi nolit: eum ad æqualitatem, precium supplendo vel reddendo, reducere poterit. d. l. 2. C. eod. c. cum dilecti. 3. & c. pen. ext. de empt. & vendit. D. Collega Bocer. class. 2. disp. 3. th. 47. & 82. ed. 2. & in hoc t. n. 173. p. 389. Adde Doctorem Martam Tom. 3. Digestorum novissimorum. tit. emptio. cap. 76. cum seqq. fol. 152.

Porrò quod jam allatum est ex d. l. 2. C. de rescind. vendit. 79 si læsio dimidiam justæ æstimationis partem excedat, contractum aut rescindi, aut ad æqualitatem reduci debere: ei non adversatur primò; contractus ab initio voluntatis, sed ex postfacto necessitatis esse. l. sicut. 5. C. de obl. & act. & id, quod semel placuit, amplius displicere non posse. e. quod semel. 21. de regul. jur. in 6. idque vel maximè, in con- 80 tractu emptionis & venditionis obtinere, à quo non licet, alterutro invito, recedere; ne quidem ex rescripto Principis, ut nominatim cautum est in l. de contractu. 3. C. de rescind. vendit. Nam illud quidem in genere, & secundum 81 juris stricti regulam verum est & procedit: sed in hypothesi & specie nostrâ effectus illius, propter nimiam læsionem, ex æquo bono impeditur: ut nec sic d. l. 3. C. eod. obsistat, quæ disertè eo de casu loquitur, ubi contractus emptionis & venditionis jure est perfectus. Et certè notissimum est: in 82 omnibus æquitatis potius, quam stricti juris rationem habendam, l. placuit. 8. C. de judic. jusque nostrum artem æqui & boni esse. l. 1. in princ. ff. de justit. & jur. Æquitati autem illud præcipuè convenit, ne venditio tam immodica sustineatur: & sublatâ arte boni & æqui, nihil est reliquum, quo negocia hominum rectè explicari definiri que possint. Sed & isthac frequentissimi huius contractus iniquitate sive inæqualitate admittâ; fieri non potest, quin æquitas oppugnetur; & contra bonum publicum facultatibus suis homines exuantur: cum tamen intersit Reipublicæ, quam 83 ditissimos habere cives, arg. §. final. supra, de his qui sui, vel alieni juris sunt.

Deinde non obest, quod dici vulgò solet: rem tanti va- 84 lere, quanti vendi potest. l. 1. §. si heres. 16. ff. ad senatuscons. Treb. l. si servus. 14. in fine pr. ibiq. gl. ff. de cond. furtiv. l. in furti. §. 0. in pr. & l. si quis uxori §. 2. in fin. ff. de furtis. Etenim in proposito casu rem carius vendi potuisse, non ambigitur. Tertiò nihil prorsus officit d. l. si voluntate. 8. C. de resc. 85 vendit. ubi expressum est, venditionem prætextu paulò vi- lioris precii non esse rescindendam. Quandoquidem ipsa lex circa finem addit hanc limitationem: nisi quis ultra dimidium justî precii deceptus fuerit.

Quartò nullius ponderis est, quod assertur ex l. in causa 86 16. §. penult. ff. de minorib. & l. item si prec. o. 22. §. ult. ff. locati. licere contrahentibus se invicem in contrahendo circumvenire: Minimumque dicere solitum fuisse; hunc omnium esse emptorum animum, vili emere, venditorum, carè vendere. Dicta namque lex 2. C. de resc. vend. circumventionem & deceptionem, absq; fraudulento contrahentium consilio, re ipsa contingentem non planè negat, aut prohibet: sed, ne commercia omnino impediuntur (quod utiq; usu veniret, si exactissima ista precii æqualitas semper tam accuratè & præcisè observanda esset) illam eò usq; probat & permittit, dum non dimidiam veri precii partem excedat. Hucq. confer. qua annotav. ad §. 1. supr. h. t. n. 18. & seqq.

- 87 Denique nihil quicquam in contrarium facit, quod venditori imputandum videatur, quirem suam precio minus
- 88 iusto vendidit, & enormiter deceptus fuit: cum nemo praesumatur vires suarum facultatum ignorare. *l. quisquis. 15. C. de rescind. vendit. & error in facto proprio intolerabilis existimetur. l. plurimum. 3. & l. nec supina. 6. ff. de juris & facti ignorant. l. cum falsum. 46. ff. de acquir. vel omitt. heredit.* Quoniam praesumptio isthac eliditur fortiori & vehementiori praesumptione, quae vult, neminem praesumendum esse, suum jactare vel perdere velle. *l. cum de indebito. 25. circa princip. ff. de probationib.* ut sic qui enorme damnum sensit, non censeatur scivisse verum rei venditae valorem. Siquidem verosimile ex legis conjectura esse non videtur: si veram rei venditae aestimationem scivisset, eum tam vili exiguoque precio rem distrahere fuisse. Atque ita, post Cynum add. *l. 2. C. de rescind. vend.* à se citatum, hoc explicat D. Arumæus d. *Exercitat. Justin. 14. thes. 8.*
- 90 Quæstio hoc loco satis controversa occurrit: an beneficium sive remedium in modo allegata. *l. 2. C. de rescind. vendit.* expressum, etiam olim obtinuerit? Id sanè licet negent Arius Pinelus ad *d. l. 2. part. 1. c. 1. n. 2. cum seqq. ibiq.* Donellus n. 3. Gerhard. *decad. 14. quæst. 10. in princ. Stuckius Exercit. Justin. part. 1. decad. 12. assert. 3. ad lit. c. Bargalius in tract. de dolo. lib. 2. pag. 150. n. 20. D. Obrecht. disput. 35. thes. 23. cum seqq. & novissime Hunnius disput. 16. th. 6. & lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 10.* rectius tamen cum communi Doctorum Scholâ statuitur: beneficium illud jam olim receptum fuisse, sed istâ *l. 2.* apertius confirmatum & illustratum. Hujusque sententiæ argumentum primum sumitur ex *l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obligat.* ubi dicitur: si res ipsa in se dolum habeat, competere exceptionem ad rescindendam stipulationem. At verò in se dicitur res ipsa dolum habere, cum contrahentes sese invicem circumveniunt. Secundum ex *l. res bona. 5. ff. de contrah. empt.* ubi Paulus, res, inquit, bonâ fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet. Ergo magnâ ex causa id fieri æquum est, tametsi neque vis, neque metus, neque etiam dolus intercesserit alterutrius contrahentium, sed bonâ uterque egerit fide, quod egit: si tamen res ipsa quasi dolum in se habet; humanitatis ratio non patitur, ut id valeat. Tertium ex *l. jure succursus. 6. §. 2. & l. si res aestimata. 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi traditur, si in dote dandâ circumventus sit alteruter, etiam majori annis viginti quinque succurrendum esse: quia bono & æquo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.
- 94 Quartum ex *l. Lucius. 38. in fine. ff. familiae erciscunde.* ubi respondetur, sorori actionem non dari adversus fratrem, si is ultra partem dimidiam non accepit. Quintum ex *l. si ea pactione. 14. C. de usuris.* in cuius fine dum habetur, locationem ob viliorē mercedem rescindi non posse: inde concluditur, aliud dicendum esse, si læsio ultra dimidiam justæ mercedis daretur. Sextum ex *l. in contractib. 3. C. quib. ex caus. majores in integr. restituantur.* ubi generaliter rescriptum est: in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis, causâ cognitâ, publica jura subvenire. Septimum ex *l. majoribus 3. C. communia utriusq. judicii.* ubi itidem generaliter sancitum est: in bonæ fidei judiciis, quod inæqualiter (sicq; ultra dimidiam) factum esse constiterit, in melius reformari debere. Octavum ex *l. quotiens. 61. ff. de adilit. edict.* ubi Ulpianus in hæc verba respondit: *Quotiens de servitute agitur victus (vendedor scilicet) tantum debet prestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset, hanc servitutem impositam.* Nonum ex *l. si duos servos. 47. ff. de evictionib.* ubi relata est species rei venditæ ad finem dimidiæ justî precii, servi videlicet valentis decem, & venditi quinque: hancque venditionem
- 100 ratam & firmam esse constat. Decimum, idque non exiguum argumentum, ducitur ex *l. 2. ff. de positi* ubi heres, si ignorans rem, apud defunctum depositam, vendiderit, & nondum precium exegerit, vel si minoris, quam debuit, eam rem vendiderit, conventus actione depositi absolvitur, actori cedendo actiones suas. Quæ lex duo quasi membra complectitur: prius, si precium nondum exactum, & justum fuerit: alterum, si quidem nec dum precium ex-

actum, sed tamen minoris res vendita sit. Vtroque casu actiones cedi debent: priori, actio ex vendito: posteriori verò, nulla actio cedi poterit alia, quam quæ competit ob id, quod dimidia veri & justî precii pars, secundum constitutionem Diocletiani & Maximiani in *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* per soluta non est. Nam si vel dimidium justî precii æquum sit; ut si res digna 10. venierit, 5. rata est venditio, nec ullo judicio agi potest de eâ rescindenda: ut sic manifestam læsionis ultra dimidiam portionem justî precii in *d. l. 2. ff. de positi.* vestigium appareat. Postremò huic rei magnum etiam argumentum suppeditat: quod nullibi in Digestorum libris invenitur species rei venditæ dimidio minoris, & ratæ venditionis. Ideoque nec credendum est; isto Pandectarum jure ratam haberi venditionem, quæ tam enormem atque immodicam læsionem continet. Atque ita, post Dd. docent Cujac. lib. 23. observ. c. 24. & Dominicus Arumæus dicit. *Exercitat. Justinian. 14. ad th. 8.* Hic verò miror: Dominum Collegam Bocerum non vereri scribere in hoc tit. num. 185. pag. 392. prædictas leges ad probandam hanc sententiam facere omnino nihil: cum tamen adeò evidens sit hoc pronunciatum ex dictis textibus: ut talpâ cæciorem esse oporteat eum, quid non videt. Proinde candido Lectori istas leges penitus considerandas relinquo.

Nec huic sententiæ quicquam detrahit, quod (juxta dissentientium opinionem) in responsis Jureconsultorum nihil de remedio dictæ *l. 2. C. de rescind. vend.* sancitum, nec ulla certa læsionis quantitas determinata & constituta sit: cum tamen ipsi Jurisconsulti admoneant: ea, quæ notabilia sunt, perspicue exprimenda esse, *l. item apud Labeonem. 15. §. hoc edictum. 26. ff. de injur.* Etenim contrarium ex *d. l. 2. ff. de positi. aliisq; legibus superius in medium adductis*, evidentissimè constat. Imò dictam *l. 2. C. de rescind. vendit.* non esse planè novam, apparet ex ipsis constitutionis illius verbis; *ibi, humanum est, &c.* quæ indicant, ex humanitate istud beneficium profluxisse. Cui consequens est, quod beneficium illud non ex civili, sed gentium jure natum sit: quamvis civili juri adscribendum videatur, quod de parte precii dimidiâ in eadem lege cautum extat. D. Boccer. in hoc tit. num. 182. pag. 391.

Parum quoque ad rhombum facit *l. in causa. 16. §. penult. ff. de minorib. & l. item si precio. 22. §. ult. ff. locat.* in quibus simpliciter respondetur, contrahentibus se invicem in contrahendo circumscribere sive decipere licere. Eatenus namque contrahentibus se invicem circumvenire licet, quatenus deceptio isthac cum dolo non conjuncta est, & ultra justî precii dimidium non procedit, ut dictum supra num. 86. & liquet ex traditis a *§. 1. supra hoc tit. num. 21. cum seqq. & juribus paulò antè allegatis.*

Nihil item refragatur *l. à Diwo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de rejudic.* ubi Ulpianus indistinctè tradere videtur, non posse quem rescindere conventionem vel acceptance[m] aliqujus rei vel summæ, pro re vel quantitate sibi debitâ etiam si longè minus acceperit. Nam (non attentis Bartoli, & aliorum interpretationibus) dicendum est, illa dicti §. verba (*Addicantur utiq; eâ quantitate, qua debetur*) eò pertinere, ut pignora addicantur tantâ quantitate, id est, valore & aestimatione, quanta est summa, quæ debetur, sive (ut vulgò loquimur) pro ratâ debiti & summâ concurrente: ne si fortè plurius aut minoris valeant pignora; alteruter, id est, debitor aut creditor injuriâ afficiatur. Atque hanc interpretationem æquitate maximâ niti, nec à proprietate verborum recedere, testis est Franc. Duarenus lib. 1. disp. anniversary. c. 6. in fine. Tametsi alii aliter sentiant, Alcia lib. 6. paradox. c. 3. Robert. lib. 1. sent. c. 22. Forcatul. Necyomanth. dial. 13. & noviter Arumæus disp. 21. ad pand. q. 5.

Controvertitur & hoc ab Interpretibus: nunquid beneficium dictæ *l. 2. C. de resc. vend.* locum habeat etiam in emptore, ultra dimidium justî precii læso? Et quamvis Cujacius lib. 16. observat. c. 18. & lib. 23. c. 32. & lib. 2. notat. ad animadvers. Roberti cap. 13. eumque sequentes Ant. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 8. error. 7. & Philippus Matth. ad *l. in omnibus causis. 68. num. 34. & seqq. ff. de reg. jur.* contendunt: beneficium istud ad emptorem non esse porrigendum: communem tamen sententiam ego, non usque adeò levibus rationibus motus, veriore[m] esse censeo. Tum quia emptor & venditor correlativè sibi opponuntur.

- 107 At verò in correlativè oppositis jus indubitatum est; ut, quod in uno statuitur, idem statuatur in altero. *arg. l. non debet. 41. §. 1. ff. de reg. jur. l. cum emptoris. §. in princ. ff. de rescind. vend. l. si cum dies. 22. §. penult. ff. de recept. arbitr.*
- 108 *l. fin. C. de indict. viduit. toll. l. 1. C. de cupressis, &c.* Tum quia sicut æqualiter utrisque sese invicem in precio circumscribere jure permittitur. *d. l. in causa. 16. §. penult. ff. de minorib. & d. l. item si precio. 22. §. fin. ff. locati, ita & in his, in quibus ratione circumscriptionis, aut alterius causæ, vel rescissio contractus sit, vel adversus eum restitutio datur, aliterve subvenitur, tam emptoribus, quam venditoribus, sive majoribus, sive minoribus, æqualiter lege succurritur. l. Julianus. 13. §. si vendit. 4. & §. seq. ff. de act. empt. l. alioquin. 11. ff. de contrah. empt. l. 1. §. sed si emerit. 13. ff. si quid in fraud. patroni fact. l. patri. 27. §. 1. vers. pradium quoq. ff.*
- 109 *de minor. l. 3. & l. cum emptor. §. ff. de resc. vend.* Tum etiam, quia cum beneficium *d. l. 2. C. de resc. vend.* non personale sit, sed venditori idcirco tributum; quod is nimium læsus fuerit: sequitur inde, quod idem & emptori, si læsus nimium
- 110 erit, sit indulgendum. Ubi enim eadem læsionis est ratio, ibi idem jus statui debet. *l. quadam. 9. §. nummularios. ff. de edend. l. illud questum. 32. ff. ad l. Aquil. l. à Titio. 108. ff. de verb. obl. l. in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg. jur.*
- 111 Tum postremo, quia beneficium illud ex humanitate profuixisse, patet ex *d. l. 2. ibi, humanum est. C. de rescind. vend.* Atqui longe humanius est; emptori subveniri, quam venditori. Siquidem venditor circumventus habet, quod sibi imputet, cur tam vili levique precio rem suam distraxerit: cum valoris istius rei notitiam habere præsumatur. *l. quisquis*
- 112 *15. C. eod. t.* Emptori verò nihil tale imputari poterit: cum non scientiam, sed ignorantiam in factis rebusque alienis præsumi, manifesti sit juris. *l. ult. in fin. ff. pro suo. l. 2. & l. seqq. ff. de juris & facti ignorant.*
- 113 Non obstat huic sententiæ, quod constitutio *d. l. 2. C. de resc. vend.* expressè & nominatim de eo, qui rem distraxit, adeoque de venditore loquatur. Nam eo ipso non excluditur emptor: sed potius ex eo colligitur, idem jus in hoc quoque obtinere; cum correlativorum eandem rationem & naturam esse, jam supra ostensum sit *n. 107.* Et quod Impp. solummodo de venditore rescripserint, ratio hæc est: quod de venditore solum fuerint interrogati, idem haud dubiè re-
- 114 sponsuri de emptore, si etiam de eo consulti fuissent. In confesso quippe est, leges Codicis ut plurimum ad casus certos, sive (ut loquuntur) ad facti species propositas applicatas esse, quibus neque addunt, neque detrahunt quicquam, *docente Vultejo lib. 1. disceptat. Scholastic. c. 15. pag. mibi 163. fac. 2. & pag. 171. item cap. 20. par. 121.*
- 115 Minus obstat, quod non eadem sit ratio subveniendi emptori, quæ venditori: propterea quod venditorem plerunque necessitas rei familiaris compellat vendere precio minore. *l. non idcirco. 12. & l. si quos 16. C. de rescind. vend. l. 1. C. de prædiis decurion. l. 2. C. sine censu vel reliquis fundum comparari non poss.* emptor autem ultrò, accedat ad emptionem prædii sape fraudandi causa; & plerunque emat precio impenso & immenso, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti, vel quod majorum ejus fuerit. *l. 1. §. & alias. 15. ff. si quid in fraud. patr. l. si in empt. 35. ff. de minor.* Sæpius etenim venditor etiam, non necessitate aliquâ compulsus, sed spe lucri allectus rem suam distrahit, emptoremq; decipit, & ad emendum allicit: contra verò emptor summâ necessitate coactus, rerumque indigentia & penuriâ adductus ad emendum accedit: ut ita par utriusque hac in causa ratio deprehendatur.
- 116 Multò minus obstant, quæ Cujacius *d. lib. 23. cap. 32.* affert ex Seneca & Plauto, qui innuere videntur, emptionem immodico & immenso precio factam, per emptorem rescindi non posse. *Neg.* enim loquuntur eo de casu, ubi læsio dimidiam justii precii portionem excedit: neq; legum vim & auctoritatem scripta illorum, aliâ non contemnendorum Auctorum, obtinet. Atque ita hanc assertionem defendunt, post *Bart. Bald. Salicet. & ceteros, Pinelus ad d. l. 2. part. 1. c. 2. C. de resc. vend. & ibidem Sichardus n. 4. Giph. & Donellus n. 48. cum seqq. Robert. lib. 2. animadv. juris civ. c. 13. Fachineus lib. 2. contrav. jur. c. 16. Arumæus d. Exercit. Inst. 14. sub thes. 8. D. Becer. in h. t. n. 180. cum seqq. p. 390.*

& seq. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 18. ff. q. 10. p. 24. Anton. Merenda lib. 1. contrav. jur. c. 36. n. 2. cum seqq. Marstaller. in Dissert. de divitiis. part. 3. c. 14. p. 229. Gerh. decad. 14. q. 10. Schröter. diatrib. domest. decad. 8. q. 3. Matth. Stephani cent. 3. quest. 71. Foman. disp. 22. th. 12. lit. c. Hunn. disp. 16. thes. 7. & d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. q. 11. p. 1103. Vide quoq; Molinæum in consuet. Paris. tit. 1. de feud. §. 22. n. 46. & 47. nec non Althus. lib. 1. Dicaol. c. 74. n. 38. p. 256.

Similiter controversantur inter se Interpretes: num de-
cissio *d. l. 2. C. de rescind. vend.* in rebus mobilibus procedat? Non procedere, multi existimant, teste Roberto dict. lib. 2. animadversion. jur. civil. cap. 12. & Ant. Mercatore sive Cujacio in notat. ad animvers. lib. 2. cap. 12. ubi ait, usu receptum esse, ut *d. l. 2.* non pertineat ad res mobiles, nisi preciosas. Verum contrarium mihi verius videtur. Tum quod lex ista indefinitè & generaliter rei, sicque tam mobilis, quam immobilis, tam corporalis, quam incorporalis, tam vilis, quam pretiosa mentionem facit, *arg. l. rei appellatio. §. cum l. si q. & l. rei appellatione. 23. ff. de verb. signif.* Tum quod legis ratio, quæ in æquitate fundatur, in omni omnino re locum habet. Tum quod in libris *Basiliensium* nullius fundi proponitur mentio: sed tantum *περὶ γῆς* dicitur. Et ita non obscurè sentit *glos. ad finem dicta l. 2. C. de rescind. vendit. Bartol. ibidem num. 24. & alii pleriq; de aestimatione rerum mobilium agentes.* Quibus suffragantur *Pinelus inibi part. 2. cap. 2. n. 17. Arumæus d. Exercit. 14. ad thes. 8. circa finem. Gerhard. d. decad. 14. quest. 10. Robertus d. lib. 2. animadvers. cap. 12. & in notis ad notat. Mercat. lib. 2. c. 12. itemq; Hunnius in resolur. ad disput. 2. Treutleri vol. 2. th. 10. pag. 296. & seq.*

Hanc sententiam non labefactat, quod *& in d. l. 2.* con-
similiterque aliis, de venditionis rescissione tractantibus, fundi solummodo venditionis mentio fiat. *l. ad rescindendam. 4. & l. si voluntate. 8. & l. quisquis 15. C. de rescind. vend.* Nam in illis exempli duntaxat causa fundi mentionem fieri, probabile est: ideoque non minus ad alias quascunque res id protenditur. Exempla siquidem regulam non
restringere, certum est. *l. damni infecti stipulatio. 30. §. ult. ff. de dam. infect. l. regula. 9. §. fin. ff. de jur. & fact. ignorant.* Illudque ex eo perspicuum redditur: quod initio istius *l. 2.* generaliter Imperatores de re majoris precii, minoris distra-
ctâ loquantur, & (ut paulò ante monitum) in Synopsi *Basiliensium*, & ibi Græcè redditâ illâ lege 2. nullo loco fundi mentio fiat, ac neque illic sequentibus aliis pluribus, eadem de re loquentibus. Quin & ideo de solo fundo rescribunt
Impp. in *d. l. 2. & consimilibus*: quod facti species, ad quam respondendo Impp. sese accommodare solent, de fundo fuerit concepta. Sed videantur Robertus & Hunnius lo-
cis præallegatis, ubi cetera Cujacii argumenta sufficientissi-
mè refutaverunt.

Est & illa anceps perplexaque quæstio: an venditor, ul-
tra dimidiam justii precii partem læsus, remedio *l. 2. C. de rescind. vend.* uti possit, si ei renunciaverit? Et Doctoribus plerisque placuisse video: generalem renunciationem, cum scilicet quis renunciat omni legum auxilio, nihil nocere venditori: specialem autem, cum videlicet renunciat læsioni ultra dimidium, & actioni ex dict. *l. 2.* competenti: venditori obesse. Ita docuerunt, post plures alios, quos commemorant, Didacus Covarruvias *lib. 2. variar. resol. c. 4. Ant. Gabriel. commun. conclus. tit. de empt. & vend. concl. 1. num. 92. Fachineus lib. 2. contrav. jur. cap. 20. vers. sexta* & postrema controversia, &c. *Panthaleon. Cremensis in 17. extensione, & §. limitat. d. l. 2. & Arumæus Exercit. Instin. 14. th. 8. ad finem.* Et quidem renunciationem generalem non obesse renuncianti, probatur per *l. ult. §. idem questit. 3. ff. de condit. indeb. Item per l. si libertus. 27. ff. de operis libertor. & l. hac adjectio. 192. ff. de verb. signif. ex quibus colligitur, verba generalia ad modicam læsionem; non verò ad magnam esse referenda. Quo confert etiam, quod generalis
renunciatio non extenditur ad ea, de quibus verisimili-
ter cogitatum non est. *argum. l. mater decedens. 19. §. ceterum. ff. de inoffic. testam. l. emptor. 47. §. Lucius. ff. de pact. & l. qui cum tutoribus. 9. ff. de transact.* Accedit & hæc ratio-
cinatio: In generali sermone non includitur dolus. *l. creditor. 60. §. ult. ff. mandati. l. si pater. 12. ff. qua in fraud. creditor. &c.* Atqui ex læsione ultra dimidiam partem,
dolus*

dolus re ipsa probatur. *l. si quis, cum aliter* 36. ff. de verb. oblig. *l. si superstiti* 5. C. de dol. malo. Ergo generali in renunciatione non continetur.

- 123 Nec refragatur, quod generalis renunciatio referatur ad ea omnia, de quibus renunciatus cogitavit, vel in genere, vel in specie, *arg. l. qui jure militari* 7. ff. de testam. militis. *l. si servit* 23. ff. de serv. pred. urbanor. *l. sub pretextu specierum* 29. C. de transact. Renunciatus autem nostram in specie cogitare videatur saltem in genere de auxilio *d. l. 2. C. de resc. vend.* Etenim hoc assumptum negatur: quandoquidem orationem generalem non comprehendere illum casum, quo dolus continetur, liquido constat *ex d. l. si pater* 12. ff. *que in fraud. creditor. & concordantibus.*
- 124 Caterum specialem renunciationem obesse renuncianti, ex regula juris manifestum evadit, quia dicitur: quemlibet resiliere ab eo jure, quod pro se introductum est, favorique suo renunciare posse. *l. penult. C. de pact. l. pactum* 46. ff. eod. nec renunciante regressum amplius dandum esse. *l. queritur* 1. §. si venditor. 9. ff. de adilit. edict. Nihil ad rem pertinet, si objiciatur ex Baldo *in d. l. 2. n. 7. C. de resc. vend.* quia facilitate quis contrahit, & contrahendo ultra dimidiam justi precii partem decipitur ac laeditur, eadem eum induci, ut istiusmodi renunciationem adhibeat. Nam Baldus illic loquitur de foeminis, rusticis, & minoribus, qui ignorantia, imprudentia & animi fragilitate labuntur & decipiuntur facilius. Quare & jura promptius iis subvenire solent. At de majoribus, qui integro judicio, maturoque consilio de propriis actibus deliberant, non idem statuendum erit.
- 125 Sic nullius hili aut pili est, quod in contrarium adducitur: renunciations ejusmodi plerumque inferi contractibus & instrumentis ex stylo potius communi Notariorum, quam ex mente contrahentium. Siquidem inficias ire haud possumus, saepe etiam adjici renunciations illiusmodi jussu & voluntate contrahentium. Sed & Notariorum stylus, pro locorum & provinciarum diversitate, varius ac diversus esse consuevit. Reliquis objectionibus satisfaciunt Covarruvias & Fachinaus locis supra designatis. Et de eadem quaestione vide aliter atque aliter sentientes Fabianum de Monte S. Sabini in tr. de empt. & vend. 8. q. pr. n. 15. Mozz. in tr. de empt. & vend. t. quib. casib. annull. empt. n. 20. p. 485. Donell. ad d. l. 2. C. de resc. vend. n. 14. eum seqq. Ant. Fab. part. 1. de error. pragm. decad. 7. err. 8. & Andr. Gerb. decad. 14. q. 10.
- 126 In dubium quoque vocatur illud: ecquid beneficium *d. l. 2. C. de rescind. vend.* verum justumque rei suae valorem tempore contractus scienti tribuatur? Sed non tribui, evidens ratio suadet. Tum quia scienti & volenti nulla injuria, dolus, aut laesio inferri potest. *l. 1. §. usq. adeo* 5. ff. de injur. *l. nemo videtur* 145. ff. de reg. jur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. *l. cum donationes* 34. C. de transact. *l. vend.* 11. in pr. 128 Cod. de resc. vend. Tum quia sciens aequiparatur renuncianti, & donanti sive remittenti jus & actiones suas, *arg. l. 1. §. ult. in fin. ff. de act. empt. l. cujus per errorem* 53. ff. de reg. jur. cui non est regressus dandus, *praedicta l. queritur* 14. §. si vendit. 9. ff. adilit. edict. Tum quia in toto ferè jure plus favetur ignoranti, quam scienti. *l. domum* 57. §. simili. 2. ff. de contrah. empt. tot. t. ff. & C. de juris & facti ignor. Quod tamen non procedit in eo, qui necessitate & inopia magna compellitur (ut saepiuscule accidit) vendit, vel emit. Huic enim, quantumvis scienti, succurrendum esse, & equitas suggerit: cum nemo in necessitatibus liberalis existere intelligatur. *l. rem legat* 18. in fin. ff. de adimend. vel transf. legat. gl. in c. relat. 9. super verbo, liberaliter. ext. de prebend. Atque ita scribunt & sentiunt Specul. in t. de empt. & vend. §. nunc restat. vers. quid si aliquis sciens. & c. Trentacinq. lib. 3. res. 3. de empt. & vend. n. 9. Ant. de Burgos inc. cum dilecti. n. 18. & seq. & c. cum causa. n. 20. de empt. & vend. Gerb. d. decad. 14. quaest. 10. Ant. Fab. d. decad. 7. error. 8. circa medium. Ant. Merendalib. 1. contrav. jur. c. 34. n. 9. p. 49. Fabian. de mont. d. quaest. 8. princ. n. 19. Tiraq. de retract. lign. §. 1. gl. 18. n. 18. aliq. plures, per hunc cumulatim adducti. Eadem de re vide aliter sentientes Pinelum in d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 2. n. 11. Fachinaum lib. 2. controvers. jur. c. 20. vers. quinto controversitur, & c. & Hann. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quaest. 14.

Utrum juramentum in contractu praestitum de non contraveniendo, excludat majorem 25. annis à beneficio *l. 2. C. de rescind. vendit.* mirificè Doctores disceptant? Sex diversas opiniones recitat Fachinaus *d. lib. 2. controvers. jur. c. 17.* & hanc sibi verissimam videri, ait: quod ultra dimidium laesus, absolutionem à juramento petere; eaque obtentâ, ad rescissionem contractus agere valeat. Quae conclusio (secundum illum) tres partes habet. I. jurantem agere non posse ad rescissionem contractus, antequam à juramento fuerit absolutus. II. absolutionem à juramento hoc in casu esse concedendam. III. absolutione obtentâ, actionem competere *ex d. l. 2. Cod. eod. tit.*

Prima pars hoc probatur argumento: Omne juramentum, quod non vergit in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius praedictum seu detrimentum est servandum. *c. cum contingat* 28. ext. de jurejur. c. quamvis. 2. de pactis. in 6. Atqui juramentum, de quo hoc loco agitur, non vergit in aeternae salutis dispendium, nec redundat in alterius praedictum. Ergo est servandum. Nec oberit, si dicatur, juramentum non esse servandum, ubi dolus intervenit, *per d. c. cum contingat. ibi, sine vi & dolo sponte praestita. de jurejur.* Hoc enim ita exaudiendum est, ut tamen nihilominus absolutio à tali juramento requiratur, *arg. c. si verò aliquis* 8. eod. & c. ad audientiam. 4. ubi gloss. in verb. resignand. de iis, quae vi metusve caus. fiunt. quibus in locis traditur, absolutionem requiri à juramento metu extorto: cum tamen in metu dolum inesse certum sit. *Item, si cum exceptione* 14. §. eum, qui 13. ff. quod met. caus. & c. Nec re- 133

ctè regeritur, in juramento metu extorto voluntatem quandam, licet coactam, jurantis considerari posse, *arg. l. si mulier* 21. §. si met. 5. ibi, tamen coactus voluit. ff. d. iat secus esse, ubi dolus in contractu est adhibitus. Illud namque obtrinet, ubi dolus ex proposito adest: non item, ubi dolus re ipsa ex laesione oritur: quia major est voluntas in contrahente sic laeso, quam in eo, qui vi coactus juravit.

Secunda conclusionis pars, nempe absolutionem a juramento esse concedendam, probatur hoc medio: Juramentum non debet esse vinculum iniquitatis. *c. quando* 18. §. si falsam. de jurejur. c. 1. §. quia verò. eod. tit. in 6. can. inter cetera 22. caus. 22. q. 4. Sed ubi est tam enormis & immo- dica laesio, ibi utique est iniquitas & injustitia magna. Ergo juramentum est relaxandum. Et absolutionem à juramento indulgendam esse, quoties injustitiam continet, communiter traditum est. *arg. c. 1. de jurejur. Castrens. ad l. si quis pro eo* 56. n. 6. ff. de fidejuss. Petr. Anchoram. conf. 375. Natta consil. 144. Cravett. conf. 152. n. 11. & conf. 192. n. 11.

Tertia praefata conclusionis pars, videlicet absolutione impetratâ, actionem competere ad rescindendum contractum, sic demonstratur: Absolutio tollit vinculum juramenti: atque perinde est, ac si juramentum praestitum non fuisset, ut patet ad sensum, & comprobant Cornetus conf. 288. lib. 3. Socin. jun. conf. 3. n. 44. lib. 2. Roland. à Valle consil. 7. n. 58. lib. 3. & Afflictus decis. 322. At si juramentum non esset praestitum: procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum, propter laesionem ultra dimidium. Idem igitur, obtentâ à juramento absolutione, statuendum est.

Non adversatur huic traditioni; quod juramenti haec vis sit & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adjiciat, ut rescindi non possit. *l. 1. & Auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* item quòdis, qui jurat servare contractum, & non contravenire, jurare videatur, se adversus contractum non venturum, ex quocumque jure & ex quacumque causa, quae ex eodem contractu provenire possit: & consequenter se contractum servaturum, etiam si ultra dimidium laesus fuerit. *arg. l. si duo patroni* 13 §. idem Iul. & l. in duob. 28. §. si quis juraverit. ff. de jurejur. *l. cum pater* 77. §. filius matrem. 23. ff. de legat. 2. Haec, inquam, & similia argumenta non adversantur. Nam ex praemissis breviter respondetur: argumenta contraria militare ante absolutionem à juramento concessam: post eam verò concessam, omnia cessare: quoniam virtus juramenti cessat. Atque ita tenent Panorm. Ant. Butr. & Imola in d. c. cum contingat. n. 54. de jurejur. & idem Imola in c. pen. n. 24. de empt. & vend. Alex. in l. stipulatio hoc modo concepta. 61. num. 10. ff. de verb. oblig. Rebuff. in tractat. de resciss. contract. art. unic. gloss. 15. num. 47. & alii, quos refert & sequitur Fachin. d. lib. 2. c. 17. vers.

vers. sexta & postrema est sententia, &c. ubi hac de re explicatius differtat. Eadem de re plura cumulatim Trentacinq. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 8. itemq. Hunnius d. lib. 3. variar. resol. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 15. nec non Jacobus Cancerius part. 1. variar. resol. jur. cap. 13. num. 10. cum seqq. fol. 146. & seq.

137 Examinanda hoc nobis loco obviam procedit hæc quaestio: an beneficium l. 2. C. de resc. vendit. quod in emptione venditori & emptori tribui diximus supra n. 105. etiam ad alios contractus sit transferendum? Minimè transferendum esse, autumant Cujacius in Mercat. lib. 2. cap. 14. & lib. 16. observ. c. 18. Anton. Faber. part. 1. de errorib. pragmat. decad. 8. error. 8. cum seq. hosq. sequens. Hunnius d. disp. 16. thes. 8. & d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 1. q. 12. p. 1105. & alibi. Sed transferendum esse, communiùs & rectius existimatum est: dummodo causæ sint similes, hoc est, unus det, & alius vicissim accipiat; si videlicet quis duplo plus det, quàm accipiat. In quibus etenim causis eadem ratio & similitudo est, in iis idem jus statui oportet, etiamsi de unâ tantum causa jus nominatim constitutum sit. l. illud quasitum. 32. ff. ad leg. Aquil. l. non possunt. 12. & l. seq. ff. de legibus. Anton. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. c. 34. n. 2. & seqq. pag. 49. Isti ergo beneficio locum esse in locatione & conductione, non magnum dubium videtur. Tum quia locatio & conductio iisdem juris regulis continetur, quibus emptio & venditio, initio tit. infr. tit. proximo. l. 2. in

138 princ. ff. locati. Tum quia veteres emptionis & venditionis vocabulis promiscuè usi sunt in locatione & conductione. l. veteres. 19. cum l. seq. ff. de actionib. empt. Tum quia ubicunque intervenit precium, ibi locus est remedio. d. l. 2. C. de resc. vend. quippe quæ ratione precii introducta

139 censetur. At verò in locatione & conductione intervenit precium: quia merces precium appellatur. l. si quis. 10. in fine. ff. de acq. vel amitt. poss. l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. de

140 jact. & conductor emptor seu redemptor dicitur, teste Al-

141 feno in l. in lege. 29. ff. locati. Tum quia in l. si olei. 21. C. de locato, rescribitur in casu ibi proposito: propter hoc solum, quòd alter majorem obtulit ponderationem, recedi à locatione non oportere. Unde consequens est, si alter non majorem, sed eam obtulisset quantitatem siue summam, quæ verè ipsum ultra dimidium læsum demonstraret, haud

142 dubiè ei subveniendum. Tum etiam quia in l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. respondetur: conductor, si plus, quàm tolerabile est, læsus fuerit, succurrendum esse. Tum denique quia in l. 1. §. si quis in fraudem. 12. & §. seq. ff. si quid in fraud. patroni fact. idem in casu consimili statuitur in locatione, quod in emptione constitutum fuerat.

143 Huic sententiæ non obstat, quòd d. l. 2. C. de rescind. vend. nova sit, & de venditore duntaxat loquatur, non etiam de locatore. Novæ autem leges, juris veteris correctoriæ, non facile extra suos fines sint trahendæ, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis, arg. l. quod verò contra. 4. ff. de legib. Hoc, inquam, non obstat. Negatur enim firmiter, quòd lex ista 2. planè nova sit; cum & jure veteri ejus beneficium non fuerit incognitum, ut luculenter ostendimus supra n. 90. cum seqq. Et hanc doctrinam amplectuntur Gloss. in l. si ea pactione. 14. ad finem. C. de usur. & in d. l. si olei. 21. C. de locat. Donellus n. 56. Cagnol. n. 58. & alii in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Alexand. consil. 107. n. 20. lib. 3. Robertus. lib. 2. animadvers. juris civil. c. 14. Ant. Merenda d. lib. 1. controuv. jur. c. 36. n. 6. & seqq. pag. 51. Gutierrez. lib. 2. pract. q. civ. q. 138. D. Bocer. class. 2. disp. 4. th. 43. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 18. ff. quasit. 10. pag. 25. Arumans Exercit. Iustin. 14. sub th. 8. Andr. Gerhardi decad. 14. q. 10. & Paulus Berens. disp. 11. ad Inst. th. 2. q. 4. ubi & alia contraria sententia argumenta sufficienter refutat.

144 Sed utrùm in emphyteusi idem juris statuendum sit, ut nimirum domino vel emphyteutæ ultra dimidium læsis ac deceptis succurratur, major dubitatio & variatio est? Alii namque affirmantem; alii negantem, alii tertiam distinctam & ab aliis differentem probant opinionem, ut cernere licet ex traditis à Fachinæo lib. 2. controvers. jur. c. 22. ubi is hanc in sententiam est proclivior; ut aliquo pacto subveniendum sit emphyteutæ vel domino, si graviter & immoderate in emphyteusi dandâ vel subeundâ læsi fuerint ac decepti, ratione videlicet habitâ æstimationis juris emphyteu-

tici: idq. argumento l. si superstitie. §. C. de dol. mal. l. majoribus. 3. C. communia utriusq. judicii, &c. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verb. obl. quibus ll. cavetur, contrahentibus graviter deceptis ac læsis succurrendum esse. Quò facit, quod jam antè probatum est, constitutionem d. l. 2. C. de rescind. vend. ad locationis contractum porrigendam, adeòque locatori vel conductori nimium læsis succurrendum esse. Atqui locationis contractui affinem esse emphyteuticum contractum, clarissimè liquet ex §. adeò infr. tit. proximo, Fabian. de monte in tr. de empt. & vend. q. pr. 8. n. 14. vers. sed Baldus, &c. Neque resistit, quòd argumentum à feudo ad emphyteusim sumptum, sit probabile, utilissimum & frequentissimum, tradente Nicolao Everhardo in locis legalib. loco, à feudo ad emphyteusim. Ex communi autem Doctorum placito nulla læsionis hujusmodi ratio in feudali contractu habeatur. Speculat. in tit. de empt. & vend. in §. nunc dicendum. vers. sed nunquid habet locum in feudo. Fabian. d. n. 14. Cremens. n. 34. Cagnol. n. 207. & Pinel. part. 1. c. 4. n. 2. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Illud, inquam, nihil resistit. Cum enim feudum propriè non sit contractus, sed potius beneficium, per textum apertum in c. 1. §. fin. in quib. caus. feud. amitt. tit. 23. ib. 2. feudor. meritò isthæc læsionis disputatio ab eo longè aliena esse debet. Vide Stuckium part. 1. Exercit. Inst. dec. 12. assert. 3. sub lit. c. Vide item dissentientem Hunnium in resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 56. pag. 320.

De permutationibus quoque solet quæri: an in iis locus beneficio l. 2. C. de resc. vend. relinquatur? veluti cum fundum cum fundo ædes cum ædibus, fundum cum ædibus, aut res alias cum aliis rebus permutamus? Et locum relinquere (non obstante contrariâ decisione Molinæi in consuet. Paris. tit. de feud. §. 22. n. 41. Antonii Fabri part. 1. de error. pragmat. decad. 8. error. 9. & Hunnii d. resol. q. 49. pag. 307.) verissima conclusio est. Tum quia permutatio emptionis locum obtinet. l. 2. ff. de rer. permutat. l. sciendum. 19. §. penult. ff. de adilit. edict. ejusque quasi mater reputatur. l. 1. ff. de contrah. empt. Tum quia mens & sententia d. l. 2. C. de rescind. vend. suadet, ut eam & in reliquis bonæ fidei contractibus admittamus, ubi causæ similes sunt, hoc est, ubi unus dat, alter vicissim accipit, ut superius expositum n. 87. Nec obstrepit huic conclusioni quicquam, quòd in permutatione suppletio seu restitutio æstimationis in pecuniâ, partium intentioni minimè convenire queat. Nam quod in emptione receptum est: id & ad permutationem protractum reperitur: adeòque utriusque ex parte ad rei datæ æstimationem commodè deveniri potest, per textum elegantem in l. 1. §. si quis in fraudem. 12. & §. seq. ff. si quid in fraud. patroni, &c. Idq. fusiùs explicant Robertus lib. 2. animadvers. jur. civ. c. 14. And. Gerbari decad. 14. q. 10. circa med. Pinel. in d. l. 2. part. 1. c. 3. n. 13. ibiq. Padilla n. 17. C. de rescind. vend. Ripoll d. c. 11. var. juris resol. n. 436. fol. 368. Hardevvieg. Dassel. consil. 47. Donellus ad d. l. 2. C. de rescind. vend. n. 58. & Ant. Merenda d. lib. 1. controvers. jur. cap. 37. p. 51. Utrùm porro in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum locus sit constitutioni dictæ l. 2. (diversis diversorum opinionibus relatis & rejectis) tribus assertionibus seu conclusionibus perspicuè explicat Fachinæus lib. 2. controvers. jur. cap. 22. vers. Ego hac in re tres pono assertiones, &c.

Præterea de divisionibus rerum communium, ecquid in iis remedio l. 2. C. de rescind. vendit. locus esse debeat, non convenit inter omnes interpretes? Etenim id haud obscurè negant. Ant. Faber. d. part. 1. de erroribus pragmat. decad. 8. error. 1. cum aliquot seqq. & Hunnius disput. 16. th. 8. & d. resol. ad Treutler. vol. 2. disp. 2. q. 48. pag. 305. Affirmant verò reliqui uno ferè ore omnes. Gloss. Bald. Paulus de Castro, & alii in l. majoribus. 3. C. communia utriusq. judicii, &c. Salicet. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Imola in c. cum causa. col. 4. de empt. & vendit. Corneus consil. 240. col. penult. vol. 4. Gozadin. consil. 44. col. 1. & ult. Riminald. cons. 336. in princ. & consil. 367. num. 4. hosq. cum aliis nonnullis referens Alexand. Trentacinq. variar. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vendit. num. 2. Quibus addendi sunt Donell. in d. l. 2. C. de rescind. vend. num. 59. Schurfcent. 1. cons. 28. Stuck. d. part. 1. Decad. 12. assert. 3. ad lit. c. & Gerbard. d. decad. 14. q. 10. circa medium. Veluti si fratres, aut plures coheredes dividunt inter se res hereditarias, si quis duplo plus accepit, quàm ad alios pervenit; ex hac

ex hac divisione hi, qui minus acceperunt adversus eos, qui plus acceperunt, ad rescindendam divisionem recte agent. Siquidem & divisio quædam permutatio intelligitur. *l. cum pater. 77. §. hereditatem. 18. ff. de legat. 2. & emptioni finitima est, ejusque vicem obtinere dicitur. l. 1. C. communia. utriusque judicii. §. c. Chassan. in consuet. Burgund. rub. 3. §. 6. in princ. Curt. consil. 66. n. 17. Ant. Thesaur. decis. 239. num. 4.*

153 At quid, si divisio per sortem facta sit, quæ alteri ex conditoris immodicam gravemque intulit læsionem; num rescindi poterit? Videtur sanè probabilius, ut qui sortitem committendam putavit, si ex sorte læsus sit, restitui in integrum non possit ad rescindendam divisionem: quia & ex contrario potuerat ea fors incidere, ex qua lucrum sensurus fuisset. Neque enim restitutionum causæ ex eventu, sed potius ex initio, dijudicandæ sunt, etiam tum, cum de minorum restitutione, quæ omnium favorabilissima est, tractatur. *l. 3. §. scio. 2. l. verum. 1. §. item non restituetur. 4. §. seq. ff. de minorib.* Multo ergo minus beneficio dictæ *l. 2. C. de resc.*

154 vend. uti poterit. Accedit, quod propter incertitudinem eventus, multa admittuntur, quæ aliàs non admitterentur. *l. 1. C. de pact. l. de fideicommissio. 1. C. de transact. l. si ea lege. 17. C. de usur. l. si pater. 12. C. de inoffic. testam. Tiraquell. ad l. si unquam. 8. in verb. donatione largitus. num. 131. C. de revoc. donat. §. de jure primigenior. quest. 17. opin. 1. n. 96. Ant. Fab. d. decad. 8. error. 2. circa fin. Gerhard. loco supra notato. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 14. de restit. minor. num. 4. in fine. Hunn. d. resolut. ad Treucler. disp. 2. vol. 2. p. 307. Sitchard. ad l. majoribus. 3. n. 2. C. communia utriusque judicii, §. c. Et de eâ re diversimodè sentientes vide Pinel. ad d. l. 2. part. 2. c. 1. n. 6. §. seqq. Sfortiam Oddum in tract. de in integr. restitut. part. 2. quest. 66. artic. 4. n. 25. Dn. Collegam Besold. in discursu juridico-politico. c. 7. n. 11. §. Fachinaum lib. 8. controversiar. jur. cap. 36. Porro si plures fratres communem rem, propterea quod commodam divisionem non recipiat, vendunt & ultra dimidium læduntur, an & quatenus uni ex illis remedium d. l. 2. C. de rescind. vendit. in totum competat, fusè, post alios, à se laudatos, explicat Matthias Berlichius, decis. aur. 52. p. 168. §. seqq. Divisio item hereditatis inæqualiter facta, quo remedio ad æqualitatem reduci possit, tradit noviter idem Berlichius, decis. aur. 148. pag. 549. §. seqq.*

156 Excutiendam huc reor & aliam difficilem questionem: an constitutio d. l. 2. C. de rescind. vend. ad stricti juris contractus (quales communiter censentur omnes, qui non enumerantur in §. actionum autem. 28. in fr. de actionib.) porrigenda sit? Nam ad contractus bonæ fidei (maximè si in illis invicem detur, & recipiatur) propter eandem æquitatis rationem porrigendam esse, Doctores plerique tradunt. Bartol. Bald. Angel. Cagnol. Paul. Castren. §. Salicet. in d. l. 2. Gozadin. d. consil. 44. colum. fin. aliq., quos citat. §. comprobabat Trentacinq. var. res. lib. 3. res. 3. de empt. & vend. n. 1. Non defunt autem, qui putant, constitutionem illam ad contractus stricti juris non esse extendendam. Iason. post alios, quos refert, in l. si quis, cum aliter. 36. n. 18. ff. de verb. oblig. Castren. consil. 386. colum. 2. lib. 2. Azo in summa C. tit. de resc. vend. n. 5. Marant. consil. 83. n. 1. §. seqq. Mozz. in tract. de empt. & vend. tit. quib. casib. annullet. empt. n. 19. Alii contrarium, videlicet ultra dimidium læso competere etiam in istis contractibus beneficium d. l. 2. affirmant, Pinel. in d. l. 2. part. 1. c. 3. n. 7. §. seqq. Alii verò existimant, in his stricti juris contractibus locum esse conditioni indebiti, ad repetendum id, quod datum est: vel si læsus ac deceptus conveniatur, ei exceptionem esse concedendam. Ita Alex. in d. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. oblig. Ant. de Burgos. in c. cum causa. n. 15. de empt. & vend. aliq., per hunc relati. Atque horum ego sententiam, cum Fachinao lib. 2. controvers. jur. c. 22. circa finem, & probabiliorem & communio rem esse, judico. Quod enim exceptio tribuenda sit ultra dimidium decepto, satis superque clarescit ex d. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. oblig.

157 ter. ff. d. l. Quod porro etiam danda sit indebiti conditio, ostenditur hoc argumento: Qui exceptione perpetuâ tutus, solvit per errorem, solum condicere ac repetere potest. *l. qui exceptionem. 40. in pr. ff. de condict. indeb.* Sed nostro in themate deceptus, tutus erat perpetuâ exceptione, & per errorem solvit. Ergo indebiti conditionem habet. Et quod tam graviter læsus sive deceptus, exceptione perpetuâ tutus

esset, evincitur ex d. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. oblig. Quod autem solverit per errorem, probatur præsumptione juris. Error quippe potius præsumitur, quam donatio; præsertim ubi tanta læsio intercedit. *l. cum de ind. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probat.*

Non movet, quod objicitur, allegatam *l. qui exceptionem. 40. ff. de condict. indeb.* loqui, quoties exceptio competit ab initio contractus: in specie verò nostrâ hanc exceptionem non competere ab initio contractus: cum nullum evidens vitium contractus contineat, & læsio per multa extrinseca media probanda veniat. Non movet, inquam: quoniam & in propositâ questione exceptio ab initio contractus competit, propter læsionem & dolum re ipsa adhibitum, ut liquet ex d. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. oblig. Non etiam obest, quod contractus suam habeat formam, & nullum patens vitium. Siquidem læsionem in ipso contractu intercessisse, eamque postea probari, sufficit. Neque enim probatio facit, ut læsio intercelleret, sed ut, eam in ipso contractu intercessisse, detegatur. Ast inspicere Fachinaum d. lib. 2. c. 22. in fin. ubi & reliqua Pineli dissentientis argumenta refellit.

Difficilior & sæpius agitata concertatio de transactione videtur: utrumne transigens ultra dimidium deceptus, rescissionem transactionis petere, vel ad supplementum justiprecii agere queat? Agentem sententiam tenent Rainer. Bartol. Angel. Imol. & Paulus de Castro in l. Lucius. 78. §. fin. ff. ad sonatus cons. Trebell. Jacob. de Arena, Cagnolus & alii in l. 2. C. de resc. vend. Abbas, Cardinal. Ant. d. Butr. Imola, & Antonius de Burgos num. 30. cum seqq. in c. cum causa. de empt. & vend. Ioan. de Anan. consil. 33. §. ibi Bologn. in addit. Fab. de monte in tract. de empt. & vendit. quest. 8. princip. n. 13. Decius consil. 60. n. 4. consil. 170. consil. 479. cons. 551. §. cons. 597. n. 10. Bertrand. cons. 81. §. consil. 199. vol. 1. §. consil. 72. vol. 2. Schurf. cent. 2. cons. 16. n. 17. §. cent. 3. consil. 50. n. 16. cum seqq. Wesenbec. cons. 31. n. 13. §. consil. 42. n. 72. Mandel. Alban. cons. 1. n. 12. cons. 89. num. 4. Natta cons. 548. n. 11. lib. 3. Heigius part. 2. q. 9. n. 12. §. seq. Guiterrez. lib. 2. q. pract. q. 142. Francis. purpurat. cons. 503. vol. 2. Dominic. Card. Tusch. tom. 8. pract. concl. lit. T. concl. 353. n. 1. §. seq. Matt. Coler. consil. 8. n. 1. §. seqq. Ioan. Köppen. decis. 58. n. 1. cum seqq. Socin. Jen. consil. 85. n. 3. lib. 1. §. cons. 105. vol. 4. Socin. jun. consil. 129. n. 48. lib. 1. §. consil. 98. n. 17. vol. 2. Caccialup. in tr. de transact. q. 12. col. 1. §. 3. Rubens Alex. cons. 71. n. 8. Petr. Rebuff. ad constit. Reg. lib. 2. tit. de resciss. contract. artic. unic. gloss. 15. n. 18. Vincent. de Franchis decis. 159. Surdus consil. 451. n. 9. vol. 3. Ripoll. d. cap. 11. var. jur. resolut. n. 415. §. seq. fol. 366. Fachinaus lib. 2. controvers. jur. c. 26. vers. ego eorum sententia, §. c. aliq., serè innumeri, citati & approbati à Pinelo in d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 4. n. 14. §. seqq. Sed contrariam, sicque negantem sententiam, defendunt Dynus, Cuman. Aret. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. oblig. Richard. Malumb. Cyn. Bald. Salicetus & Donell. n. 61. in sapius d. l. 2. C. de rescind. vend. Gloss. Ioan. Andr. Anchor. Innocent. & Barbatia in d. c. cum causa. de empt. & vend. Speculat. tit. de empt. & vend. §. nunc dicendum. vers. quid de transactione. §. c. Grammaticus decis. 66. n. 47. Parisius cons. 96. n. 61. lib. 1. Berolius consil. 176. n. 25. lib. 1. Zasius consil. 18. lib. 1. Alciat. cons. 124. num. 3. §. cons. 89. n. 4. Cravetta consil. 151. n. 26. Roland. à Valle cons. 28. num. 25. lib. 4. Frid. Pruckman. consil. 49. num. 29. cum seq. §. cons. 50. n. 206. §. seq. vol. 1. Plotus consil. 32. Ioan. Mauritius in tract. de restitut. in integr. cap. 210. n. 2. Gail. lib. 2. observ. 70. n. 6. §. seqq. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civ. c. 9. n. 13. Bronchorst. cent. 1. in avroparvov. assert. 92. edit. 1. Andr. Gerhard. decad. 14. sub quest. 10. Matthias Stephani cent. 3. quest. 71. Matthaus de Afflict. decis. 220. n. 3. Marant. consil. 83. n. 13. Borcholt. in Commentar. de transact. c. 4. n. 22. Ant. Fab. decad. 8. error. 10. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. quest. 13. pag. 1107. Tiber. Decian. resp. 56. n. 66. vol. 4. §. resp. 83. n. 54. vol. 5. Philipp. Matth. ad l. in omnibus causis. 68. n. 41. cum seqq. ff. de reg. jur. Cothman. respons. 28. num. 242. §. seqq. vol. 1. pag. 348. edit. 2. Tileman. de benign. decis. Camer. Imper. Syntagm. 4. decis. 1. vol. 6. num. 20. §. seqq. Fomannus disput. 22. lib. 12. ad lit. C. Menochium consil. 401. num. 157. lib. 5. ubi pro hac sententiâ magnam Scribentium turmam adducit. Sunt & alii, qui has diversas Doctorum opiniones sub

- distinctionis fœdere conciliare nituntur: quòd nimirum læsio aut est ultra dimidium in modico excessu; & tunc procedat opinio modò relata, quòd scilicet transactio rescindi non debeat: aut est in magno ac longo excessu læsio, quam enormissimam indignant: & tunc prior opinatio militet, sicq; transactio rescindatur. Ita distinguunt Philippus Corneus consil. 166. & consil. 189. vol. 1. & consil. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacobum Puteum decis. 230. tit. 1. Molina in addit. ad Alexand. in consil. 42. verb. communem. n. 11. lib. 1. Ant. Gabr. lib. 3. commun. opin. de empt. & vendit. conclus. 5. n. 69. Mozzius in tr. de empt. & vendit. tit. quib. casib. annulletur empt. n. 23. Morla in emporio juris utriusq; part. 1. tit. 4. q. 2. n. 9. cum seq. Mynfinger. cent. 1. obs. 33. & cent. 6. obs. 91. n. 9. Trentacinius var. res. lib. 3. res. 3. de empt. & vendit. n. 7. vers. hac distinctio, &c. Ludov. de Molina, de Hispanor. primogen. lib. 4. c. 9. n. 34. Linglois decis. Inst. 2. q. 4. n. 3. & decis. 15. quest. 10. num. 2. fol. 168. Hieronym. de Cavallos in speculo aureo opinion. com. contra commun. quest. 72. num. 1. vers. sed verius, &c. pag. 100. tom. 1. pluresq; alii, ab his commemorati.
- 165 Cæterum ego illorum non invitatus accedo sententiæ, qui beneficium multoties allegata l. 2. C. de rescind. vendit. ad transactionem nullo modo pertinere concludunt. Hæcque conclusio probatur primò per disertum textum. in l. Lucius. 78. §. ult. ff. ad senatuscons. Trebellian. ex qua elucet, quòd si heres rogatus restituere hereditatem, quadruplo minus restituat, quàm verè in hereditate extabat, ad restituendum, quod amplius est in hereditate, non teneatur, si
- 166 per transactionem restituta sit hereditas. Secundò per l. à Divo Pio. 15. §. si pign. 3. ff. de re judicat. ubi rescriptum dicitur; si creditor maluerit pignora capta in creditum possidere, iisque esse contentus; non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere: quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere.
- 168 Tertio per l. in summa. 65. §. 1. ff. de condict. indebit. ubi generaliter respondetur; illud, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repeti. Quarto per l. 1. ibi, transactionibus scilicet, &c. (in Gothofredi corpore est l. ult.) C. de plus petitionib. ubi transactio servanda est, etiamsi dolose plus debito sit petatum. Quintò per l. sub preætextu instrumenti. 19. & l. sub preætextu specierum. 29. C. de transactionibus. in quibus deciditur, transactionem rescindi non posse sub preætextu instrumentorum noviter repertorum. Et tamen evenire potest, ut ex instrumento aliquo noviter reperto, transigentis læsio
- 171 ultra dimidium appareat. Sextò per l. causas. 16. C. eod. ubi Imp. Diocletian. & Maximianus rescripserunt: causas vel lites transactionibus legitimis finitas, imperiali rescripto resuscitari non oportere. Septimò accedit, quòd juramentum & transactio æquiparantur. Jusjurandum si quidem est speciestransactionis. teste Paulo in l. 2. ff. de iur. jur. Atqui causa, per jusjurandum finita, retractari nequit ratione cujuscunque læsionis. l. non erit. §. §. dato. 2. & l. nam, posteaquam. 9. §. 1. ff. eod. Ergo idem de
- 174 causa, per transactionem finitâ, pronunciandum erit. Octavò huc confert, quòd quoties res est dubia & incerta, læsio allegari non potest. l. de fideicommissis. 11. C. de transaction. 175 l. si ea lege. 17. C. de usur. Sed eventus litis dubius esse dicitur, & incertus. l. quod debetur. §. 1. ff. de peculio. Igitur ex transactione, per quam à lite receditur, læsio allegari
- 176 nequit. Nondò facit, quòd transactio & sententia sive res judicata comparantur. d. l. 2. ff. de iur. jur. l. non minorem. 20. C. de transactionib. Atqui verò sententia seu res judicata non rescinditur ob quamcunque læsionem; si contra jus litigatoris lata sit, non autem contra jus constitutionis. l. sub specie. 4. C. de re judicat. l. 2. in fin. Cod. quando pro-
- 177 vocare non est neces. Ergo nec transactio. Decimò huc respicit, quòd transactiones, sicut pacta, sua naturâ & ingenio stricti sunt juris, arg. §. actionum. 28. infr. de act. l. juris gentium. 7. §. quinimò ibiq; gloss. & l. si unus. 27. §. pacta, qua 4. vers. ante omnia. ff. de pact. Ast in stricti juris contractibus (secundum veriore sententiam) constitutioni dicta l. 2. C. de rescind. vend. locum non esse, constat ex traditis
- 178 supra num. 156. Postremò huc maximè conducit; quòd transactio nihil simile cum emptione habet. Qui enim actionem remittit, licet aliquid accipiat; tamen dare

aliquid verè dici non potest. Fieri namque potest, ut non rectè petierit, & injuste, vel judicis injuriâ non obtinuerit. Incertum itaque hoc, quod transactione remittitur. l. 1. ff. de transactionib. æstimari nequit, arg. l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. §. in fin. ff. ad leg. Aquil. ubi expressè dicitur, circa legem Aquilianam in æstimando damno ejus, qui damnum sibi datum queritur, nunquam æstimari & spectari incertum eventum, id est, id, quod actor consequi potuerit; sed, an consecuturus esset, incertum fuit. De reo, qui duplo plus dederit, quàm ab ipso petatum erat, non est, quod quæramus. Hic etenim casus contingere non solet. Nam nemo mortalium reperitur, qui duplo plus dare velit, quàm ab ipso petatur: cum ne id quidem dare velit, quod petatur. D. Hunn. d. quest. 13. pag. 1110.

Non hanc, ita firmatam, infringit sententiam textus in l. si 179 superstitie. §. vers. sanè si laesa es immodicè. Cod. de dol. mal. ex qua colligi posse videtur; quòd ob immodicam læsionem transactio rescindatur; & ita lex. 2. C. de rescind. vendit. etiam ad transactionem pertineat. Quandoquidem in specie istius legis dolus ex proposito intervenit; paterque filiam suam emancipatam ad transigendum dolo induxit: proindeque rectè dicitur, filia non quidem de dolo, propter paternam verecundiam, sed tamen in factum actionem, quâ dolus iste purgetur, esse tribuendam. l. non debet. 11. §. 1. ff. de dol. mal. l. parens. §. ff. de obseq. parentib. & patron. præst. Nec quicquam ad rhobum facit erronea Fachinæ (supra notato loco) consideratio putantis, textum illum loqui de transactione bonâ fide interpositâ: nihil autem magis contrarium bonæ fidei esse, quàm dolum. l. nihil consensui. 116. ff. de reg. jur. Neque enim loquitur textus de transactione bonâ fide initâ respectu patris, sed potius respectu filia, quæ bona fide cum patre transegerat, ut ex toto contextu manifestè cernere licet.

Nihil item refragatur l. Imperatores. 3. §. 1. ff. de trans- 180 actionib. ubi Scævola respondit: si transactum sit de fideicommissis, posse nihilominus transigentem consequi, quanto minus ex fideicommissis consecutus erat. Quia generaliter verum est; si quis minus, quàm debebatur sibi ex fideicommissis, per transactionem accepit, non posse eum à transactione discedere, si fortassis postea constitit ex repertis instrumentis, majorem quantitatem bonorum per fideicommissum ei relictam esse, quàm heres indicavit. d. l. sub preætextu in instrumenti. 19. C. eod. Sed generale istud pronunciatum non procedit, si ex codicillis postea repertis appareat, majorem quantitatem bonorum fideicommissario fuisse relictam, isque hujus rei ignarus transegerit, modicâ quantitate fideicommissi sibi testamento relictis contentus. Hujusque ratio evidens est: quoniam de controversiis, ex testamento descendentes, transigaliter non potest, quàm inspectis cognitisq; testamenti verbis. l. de his. 6. ff. de transaction. Cui consequens est; transactione super testamento, 181 nondum prolatis codicillis, interpositâ, restitutionem fideicommissi in codicillis relictis, non impedire; si quidem codicilli testamenti pars esse intelliguntur. l. pen. ff. testamenta quemadm. aperiant. l. quidam. 14. ff. de jure codicillor. Atqui testamentum nec legitimè aperiri, nec exhiberi censetur; nisi totum videatur; ut, post Fornerium lib. 2. select. c. 9. tradidit. Bronchorst. loco præallegato. Consimiliter minimè 182 adversatur. d. l. in summa. 65. §. 1. vers. si autem evidens ff. de condict. indebit. ubi Paulus transactionem imperfectam esse scribit, si calumnia evidens detegatur. Evidentior autem calumnia detegi vix poterit, quàm si enormis probata fuerit læsio: quam esse illam, quæ dimidium excedit, inter omnes convenit. Lex, inquam, ista minimè adversatur. Etenim Paulus ne cogitare quidem potuit de privilegio d. l. 2. C. de resc. vend. quippe quod ab Imp. Diocletiano ac Maximiano primùm inductum vel certe confirmatum est circiter annum Christi 293. & sic ad minimum sexaginta annis postquàm IC. Paulus (qui sub Imp. Alexand. Severo, ferè circa annum Christi 230. floruit) diem suum obiit. Et quamvis hoc ita sese non haberet: sed privilegium ejusmodi Paulo quoque cognitum fuisset: ut patet ex dictis supra num. 30. & sequentibus. verba tamen istius §. talia sunt, ut contrariæ Bartoli, & sequacium opinioni patrocinari nequitiam possint. Evidens siquidem calumnia (cujus 183 Paulus eò loci meminit) nihil aliud, quàm fraudulentem quandam

quandam machinationem denotat: quo sensu etiam illam
 184 accipit Ulpianus, in l. 1. §. penult. ff. de stipul. pratoris. Eam-
 que ob causam idem Paulus calumniosum vocat eum, qui
 sciens prudensq; per fraudem negotium alicui comparat.
 lib. 1. recept. sent. tit. 5. Unde evincitur, Paulum in opposita.
 l. 5. §. 1. ff. de condit. indeb. hoc sibi velle, quod imperfe-
 cta sit transactio: atque idcirco ejus nomine, quod datum
 est, repeti possit, si evidens calumnia detegatur, hoc est, si al-
 terum fraude ad transigendum inductum fuisse appareat.
 Regulariter namque transactio vexandi adversarii causa
 per fraudem sive dolum extorta ex parte ejus, qui læsionem
 sensit, nulla est. d. l. sub pretextu. 19. C. de transact. Philipp.
 Matth loco supra designato. Sed hanc controversiam vide
 aliter explicantem Matthiam Berlichium. part. 2. concl. 42.
 num. 6. & seqq. pag. 910. & seqq. nec non Antonium Me-
 rendam lib. 1. controvers. jur. c. 39. pag. 54. & seq.

185 De donatione hæc quæstio est: Quidam fundum dona-
 turus, quem putabat tantum valere 20. cum valeret 40. &
 amplius: in hoc errore fundum donavit Sempronio;
 comperto errore, quæritur: an auctoritate d. l. 2. C. de re-
 scind. vendit. fundum condicere sive repetere possit? Et
 186 non posse, veritati magis consonum videtur. Nam is,
 qui donavit fundum valentem 40. & amplius, cum pu-
 taret, valere tantum 20. aut donare voluit, quod exce-
 dit 20. aut noluit. Priori casu donatio statim in totam
 æstimationem perficitur. §. alia autem. 2. vers. perficiun-
 tur supr. de donationib. quæ donatio, utpote perfecta, re-
 vocari nequit. l. cum ancillam 6. & l. seqq. C. de condit. ob

187 causam dator. Posteriori verò casu, donatio ultra 20. non
 subsistit: cum nemo invitus donare existimetur. l. nec igno-
 rans 10. C. de donat. Et quidem hoc casu non propterea non
 valet donatio: quod donator duplo plus dederit, quam
 putabat; sed quia aliquid dedit amplius, quam putabat.
 Proinde cum quæritur, an donatio isthæc rescindi possit:
 non hoc in quæstione versatur: an donator duplo plus de-
 derit, quam volebat: sed an donator aliquid vel minimum
 amplius dederit, quam volebat. Quo casu donator fundum
 totum, quem donavit, repetere poterit: & sufficiet, si det

188 ea viginti, quæ donare constituerat. Ideo autem totum fun-
 dum repetere poterit, & non pro parte duntaxat: ne cum
 donatario in communionem incidat, quam nemo suscipe-
 re invitus compellitur. l. si non sortem. 26. §. si centum. 4.
 vers. nemo invitus. ff. de condit. indebit. Itaque jam quæ-
 stionis est, quando donator intelligatur voluisse donare,
 quod amplius est, aut voluisse, ut donatori competat repe-
 titio? Sanè si rei à se donatæ nullam adjecit conditionem,
 neutiquam repetet, tamen si apud se hoc animo fuerit, ut re-
 peteret, si res pluris esset. Propositum quippe in mente re-
 tentum, nihil operatur. l. si repetendi. 7. C. de cond. et. ob caus.
 dator. Imò etiam si donator in fundo donando dixerit;
 se fundum Sempronio donare: quia fundus non pluris
 valeat, quam 20. tamen ob hanc causam fundus repeti non
 poterit, licet multò pluris valeat: quandoquidem falsa hæc
 causa est, quæ donationi & traditioni nihil officit: & in
 hac causa falsa semper donatio simplex subesse reputatur.

190 l. in summa. 65. §. id quoq;. 2. ff. de condit. indebit. Cæte-
 rum tunc donatori repetitio accommodabitur, cum ita di-
 xerit: Ego constitui ob merita dare 20. Sempronio, & ni-
 hil amplius: & quia fundum Tusculanum habeo, qui non
 pluris valet: idcirco pro illis 20. fundum illi dono. Hic
 repetitio erit, etiam si fundus tantum duobus aut tribus au-
 reis pluris valuerit: quia donatorem nihil amplius, quam
 20. donare voluisse, ex præfatione dilucidè constat. Ita
 eleganter hoc explicat Donellus ad d. l. 2. Cod. de resc. vendit.
 n. 62. & 63. De eodem videatur Connanus lib. 7. Comment.
 jur. civil. c. 9. n. 11.

191 Præterea ardua hæc & venusta quæstio non intempesti-
 vè hic movetur: si emptor thesaurum in fundo seu re nu-
 per emptâ invenerit, an venditor ultra dimidium justî præ-
 cii læsus agere possit, ita ut thesauri propter quem res pro-
 cul dubio pluris æstimanda est, ratio habeatur? Et hujusmo-
 di thesauri rationem habendam, sicq; venditorem in par-
 tem ejusdem vocandum esse, censuit Ludovicus Romanus
 in l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verbor. obligat. ubi scribit, se
 ita in Curiâ Romanâ in facti contingentia respondisse &
 obtinuisse. Cui assentiri videtur Ioannes de Platea in l. mic.

n. 3. Cod. de thesaur. ubi dicit: quod si mercenarius reficiens
 domum à se emptam, in parietis foramine vel solo reperit
 pecuniam, in sacculo vel vase repositam, eam venditori re-
 stituere teneatur & subjicit; sic fuisse responsum à Juris-
 consultis Florentinis. Sed contrariam sententiam ego pro-
 192 babiliorē esse judico, motus sequentibus rationibus.
 I. Quia res, quæ nullius in dominio est, occupanti natura-
 li ratione conceditur. l. 3. in pr. ff. de acq. rer. domin. §. fere.
 12. v. quod enim. sup. de rer. divis. Thesaurus autem nul-
 193 lius in dominio est, per l. nunquam. 31. §. 1. ff. de acq. rer. dom.
 ubi thesaurus definitur vetus pecuniæ depositio, cujus non
 extat memoria, ut jam dominum non habeat. II. Quia, ut
 venditor dicatur læsus, tempus contractus inspiciendum &
 attendendum est, l. si voluntate 8. in fin. Cod. de resc. vend. l. 3.
 §. divi fratres. §. ff. de jure fisci. Atqui tempore contractus
 194 celebrati thesaurus latebat, nec de eo quicquam constabat.
 Læsus igitur venditor dici non potest. Siquidem privatio
 habitum præsupponit. l. manumissiones. 4. ff. de just. & jur. l.
 decem. 116. ff. de verb. obl. l. Titio usus fructus. 96. ff. de condit.
 & demonstr. III. Quia inventus ille ab emptore thesaurus,
 non intelligitur à venditore ad emptorem profectus, ut qui
 neque possedit eum, licet fundum possideret. l. 3. §. Neratius
 3. vers. caterum quod Brutus. ff. de acquir. vel amitt. possess.
 neque sine possessione ejus dominium habuit. Thesaurus
 195 quippe, antequam fuerit inventus, in nullius dominio esse
 cenletur. d. l. nunquam. 31. §. 1. ibi, ut jam dominum non ha-
 beat, item ibi, quod non alterius sit. ff. de acquir. rer. domin.
 IV. Quia thesaurus ut fundi pars non est: siquidem cum
 196 ipso fundo possideri negatur. d. l. 3. §. 3. ff. de acq. vel amitt.
 possess. ita nec est fructus fundi. l. fructus. 7. (alias est l. divor-
 tio. 8.) §. si fundum. 12. vers. non magis. ff. solut. matrim. ut
 proinde ex eo fundi æstimatio peti nequeat. V. Quia se-
 197 cundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi,
 quem sequantur incommoda, l. secundum. 10. ff. de reg. jur.
 Sed ad emptorem omne incommodum, perfectæ emptione,
 pertinet. l. necessario 8. ff. de peric. & commod. rei vend. & la-
 tius ostensum in §. cum autem emptio. 3. supra hoc tit. Ergo
 & commodum ad eundem pertinebit. VI. Quia quod quis
 198 in suo invenit, id ei omne jure debetur. §. thesauros. 39. supr.
 de rerum divis. d. l. unic. Cod. de thesaur. At propositâ in
 quæstione emptorem in suo fundo thesaurum invenisse,
 negari nequit. Ergo ipsius est: & consequenter nullâ ra-
 tione, in partem inventi thesauri ut vocet venditorem, co-
 gi potest. VII. Quia Scævola in l. à tutore. 67. ff. de rei vin-
 dicat. At tutore pupilli, ait, domum mercatus, ad ejus refe-
 ctionem fabrum induxit: is pecuniam invenit: quæritur,
 ad quem pertineat? Respondi; si non thesauri fuerunt, sed
 pecunia fortè perditâ, vel per errorem ab eo, ad quem perti-
 nebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.
 Cum igitur in nostro casu venditor probare non possit;
 199 pecuniam, ab emptore inventam, perditam, vel per erro-
 rem à se aut suis neglectam fuisse: merito ex Scævola
 responso thesaurus intelligitur; ac proinde dominium il-
 lius in emptorem transfertur; adeoque venditori, tan-
 quam immodice læso, beneficium ex d. l. 2. Cod. de rescind.
 vendit. haudquaquam conceditur. Et sane oppositio, quæ
 fit inter pecuniam deperditam vel neglectam & thesaurum,
 apertè indicat: sicuti priore casu dominium non transfer-
 tur in emptorem, sed repetitioni pecuniæ locus est: ita po-
 steriore, thesauri dominium ita in emptorem transferri, ut
 nullatenus repetitio locum sibi vindicare possit. Sed & lo-
 quitur Scævola (quod diligenter notandum) de vendente
 tali, qui tutor erat, cui pupilli nomine (cujus favor per
 omnes juris nostri partes diffusus est) denegatur thesauri
 repetitio. Ergo multò id magis in nostrâ specie, ubi ven-
 dens major est, admittendum fuerit. Atq; ita sentiunt Fran-
 ciscus Aretin. in d. l. si quis, cum aliter 36. ff. de verbor. obligat.
 Cagnol. n. 121. & Panthal. de Crema. n. 62. in d. l. 2. C. de re-
 scind. vend. Fachinæus lib. 2. controuv. jur. c. 20. vers. quar-
 to controversitur, & c. Dn. Colleg. Bocér. in tr. de regal. cap. 3.
 n. 186. Heigius part. 1. q. 13. n. 61. Barbosa Lusitan. in d. l. 8.
 §. si fundum. 12. n. 31. ff. soluto. matr. Farinac. variar. q. 104.
 Ant. Gabr. lib. 3. concl. 1. de empt. & vend. n. 111. Bapt. Costa
 cent. 1. distincl. 60. de scient. & ignor. Men. cons. 649. lib. 7. &
 Arumæus lib. 1. decis. 1. Atq; hanc quæstionem etiam at-
 tigi in d. §. thesaur. 39. supr. de rer. divis. num. 10. & seqq.

- 200 Nec huic quicquam decerpit sententiæ; quod in iudicanda læsione ratio habenda sit æstimationis rei, secundum tempus contractus initi *d.l. si voluntate. 8. C. de rescind. vendit.* licet occulta sit huiusmodi æstimatio, & minimè patens. *d.l. 3. §. divi fratres. 5. ff. de jure fisci.* Nam nostro in casu fundus venditus ex precio thesauri, qui contractus tempore latuit in illo, postea verò demum ab emptore inventus fuit, æstimari nullo modo potest: ac ea propter venditor tempore contractus de nullâ prorsus læsione conqueri potuit; nec postmodum in thesauro, quem nunquam habuit *d.l. 3. §. Neratius. ff. de acquir. vel amitt. possess. circumventus aut læsus dici; ac per consequens nec remedio d.l. 2. C. de rescind. vend. uti poterit. Emptor quippe thesaurum habet, non ratione venditionis: sed potius ratione inventionis, & sic ex titulo diverso: atq; adeò fundi æstimationem augere nequit: effossioq; thesauri habetur loco cuiusdam nascentis emolumenti, quod non tam à jure, quod venditor transtulit, quam novo fortunæ beneficio donoque proficiscitur, *arg. l. si is, qui. 63. §. 1. ibi, thesaurus donum fortuna creditur. ff. de acquir. rer. dom. §. l. unic. ibi, ne ulterius Dei beneficium, &c. C. de thesaur.**
- 201 Neque etiam obstitit, quod contractus venditionis & locationis sunt similes, *initio tit. infr. de locat. & conduct. l. 2. ff. locati.* In locatione autem receptum est, ut pensio augeatur, si conductor lucrum maximum sentiat, *ut notat. gloss. in l. si merces. 25. §. vis major. 6. in verbo, cui ff. eod. arg. l. 2. C. de alluvionib. Gomez. tom. 2. variar. resol. cap. 3. de locat. n. 18. circa finem.* Idem ergo & in venditione dicendum: ut, si magnum lucrum fecerit ex thesauri inventione emptor, ad majus precium solvendum sit condemnandus. Illud, *inquam*, nihil obstitit. Isthuic enim glossæ, eamq; sequentium opinationi fortissimè repugnat textus *in d. l. si merces. 25. §. vis major. ibi, cui immodicum lucrum non auferitur. ff. locati.* Immodicum siquidem significat maximum, & nimis excedens, nec aliter citra luculentam violentiam accipi potest. Ita namque passim apud bonos auctores legitur, ut illud: *immodica opes:* & illud apud Cajum, *immodico precio vendat*, id est, pro maximo &
- 204 nimio. *l. non dubium. 14. in fin. ff. de legat. 3.* Nec confirmat glossæ figmentum *d. l. 2. C. de alluvionib.* ubi rescribitur; quod si ex inundatione Nili ditiores fiant possessores, pro terris, quas possident, tributorum præstationem agnoscant. Tum quia id specialiter in prædiis publicis seu favore fisci constitutum videtur, *ut innuit gloss. in l. 1. super verbo, particulare. C. de jure emphyteut. & gl. in l. legem. 16. in verbo, reposci. C. de locat.* Tum quia lex illa 2. de augmento ipsius rei, non verò fructuum, accipienda est: *ut satis ex literâ colligitur, & accuratius explanat Pinelus ad d. l. 2. part. 1. c. 3. n. 35.* Adhæc stante glossæ opinione (quam tamen non servari, testatur Pinelus *d. c. 3. n. 34.*) non malè respondetur: à locatione ad emptionem argumentum duci posse,
- 206 datâ paritate rationis. Ast in præsentis disquisitione longè alia emptionis, alia locationis ratio est. Etenim in conductore & illud indubitatè receptum est, ob nimiam sterilitatem pensionem ei minuendam esse. *l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis. 2. & §. ubicunq; 7. d. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. & fusius probavimus infrâ. ad princ. tit. de locat. & conduct. n. 69.* ut ex regulâ juris non iniquum sit eundem incommodo aliquo videlicet auctiore pensione, in casu nimia ubertatis onerari. *d. l. secundum. 10. ff. de reg. jur.* Ejus autem contrarium in emptore sancitum constat. Is enim nullum levamentum sentit, quantumvis totus fundus chasmate perierit. Ideoq; & gravamine nullo, tametsi eadem per alluvionem aliquid accesserit, affici debet. *l. id, quod. 7. §. l. seq. ff. de peric. & commod. rei vend. Arumæus d. decis. 1. in fine. ubi aliis quibusdam objectiunculis respondet.*
- 207 Est & illa sat pulchra, & dubia quæstio: utrùm auxilium *l. 2. C. de rescind. vendit.* adversus tertium ac singularem successorem competat? Et competere, Doctores communiter tradiderunt; si modò hæc duo concurrant. Primum, ut singularis iste successor rem ex causâ lucrativâ possideat; aut certè ex contractu, qui eodem injustitiæ morbo, videlicet læsionis ultra dimidiam, laboret. Alterum, ut is, à quo causam successor habet, nimirum emptor ille, qui decipit ac læsit venditorem, solvendo non sit. *Bald. Salicet. & Panthaleon Cremens. in d. l. 2. C. eod. Traj. ad l. si unquam. 8.*

in verb. revertatur. n. 329. C. de revocand. donat. Covarruv. lib. 2. variar. resol. c. 3. n. 3. Menoch. consil. 63. n. 22. lib. 1. Seraccha ad Cravettam in consil. 7. n. 13. Fabian. de Monte in tract. de empt. & vend. q. 8. princ. n. 23. Matthias Berlich. decis. aur. 157. pag. 605. & seq. Verùm sententia contraria veritati juris propior videtur. Primò enim exploratissimum est; actionem ex contractu descendente contra singularem possessorem non dari. Haud siquidem personalis obligatio fundum sequitur. *l. 1. §. si heres. 16. ff. ad senatuscons. Trebell. l. ult. §. ult. ff. de contrab. empt. l. dolus. 10. C. de resc. vend.* Deinde huc valdè pertinet textus *in l. aris. alieni. 15. C. de donat.* ex quâ perspicuè liquet, agi non posse adversus donatarium & possessorem rei debitoris, ab eo, cui debitor donans erat obligatus. Et loquitur textus in successore ex titulo lucrativo: nec, an debitor solvendo sit, nec ne, distinguit. Proindeq; nec nos distinguere debemus. *l. 3. in fin. ff. de offic. præsid. l. 1. §. initio. 4. ff. de offic. præfecti urbi.* Confert etiam eodem non parùm textus *in l. 1. c. 3. C. si vendito pignore agatur*, ubi habetur, contra tertium possessorem tum demum agi posse, cum malâ fide emit; & is, qui conveniri poterat, solvendo non est. Malâ igitur fide cessante, conveniri non poterit. Nec hanc decisionem enervat *l. in causa. 13. §. fin. ff. de minorib.* ubi respondetur, minorem læsum restituendum esse, etiam adversus tertium emptorem & possessorem, si prior emptor solvendo non sit. Nam remedium *d. l. 2. C. de resc. vend.* (quod pro majoribus est solummodo introductum) longè differt ab auxilio ætatis seu restitutione minorum, maxime quoad agendum adversus tertium possessorem: cum illic merè personalis actio tantum locum habeat: hîc verò auxilium in rem scriptum, multò pinguius & liberalius, competat. Sed vide hanc sententiam explicatius defendentem Pinelum in *Commentar. ad d. l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. cap. 1. n. 32. cum seqq. & Fachinæum. lib. 2. controversiar. jur. cap. 18.*

Huic vicina anceps ista quæstio est: ecquid venditori liceat adversus emptorem agere, quando venditor ultra dimidiam est læsus, & res vendita sine emptoris culpâ casu scilicet fortuito, periit? Et venditori competere actionem, ut, quod deest justo precio, ab emptore consequatur, scribunt *Panormitanus in c. cum dilecti. n. 10. ext. de empt. & vendit. Franc. Cremens. sing. 84. Ripa in l. quod te mihi §. n. 11. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alberic. n. 11. & pauci alii in d. l. 2. C. de resc. vend.* Sed contrarium, nempe venditori nullam actionem competere, tanquam verius & æquius, amplexi sunt *Accursius, Azo in summa n. 6. Bartol. n. 13. Bald. n. 14. Fulgos. n. 9. Salicet. q. 14. Castrensis. n. 16. Cagnol. n. 115. aliq; communiter in d. l. 2. ibiq; Pinelus part. 2. cap. 1. n. 36. cum seqq. Ant. Burgen. in d. c. cum dil. n. 60. & seqq. Fabian de Mont. d. tr. de empt. & vend. q. 8. pr. n. 23. in fine. Gozad. cons. 44. n. 11. Gom. tom. 2. var. res. c. 2. de empt. & vend. n. 22. Covarr. lib. 2. var. resol. c. 4. n. 14. & Fachin. d. lib. 2. contr. jur. c. 18. vers. sed contrariam sententiam, &c.* Hujus in sententiæ confirmationem adducitur primò textus *in l. si res æstimata. 12. §. 1. ff. de jure dot.* ubi responsum est, quod mulier in causa dotis (quæ semper & ubiq; præcipua est, teste *Pomp. in l. 1. ff. solut. matr.*) petere non possit id, quod justo precio deest, ubi servus extinctus, vel res perempta est. Ergo multò minus id juris venditor habebit. Secundò urget vehementer hæc ratiocinatio: ubicunq; quantitas debetur respectu certæ speciei: specie perempta, debitor est liberatus. *l. Titia textores. 36. §. ult. ff. de legat. 1. l. elect. 26. §. si is 4. ff. de noxal. act. l. 1. §. ult. ff. si cui plus, quam per leg. Falc. l. si servus communis. 61. in princ. vers. ex his igitur. ff. de furtis.* Atqui in proposita quæstione quantitatem deberi respectu certæ speciei, nimirum contemplatione rei venditæ, in confesso est. Igitur re peremptâ, & obligatio ad precium perimitur. Tertio suffragatur; quod præsentî in casu res principaliter in obligatione esse dicitur; justî autem precii suppletio in facultate solventis ut evincitur ex *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* illis verbis: *Humanum est, ut vel precium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias: vel, si emptor elegeris, quod deest justo precii, recipias.* Illa verba (*Si emptor elegerit*) aperte arguunt; illud in electione emptoris esse, & sic in facultate solvendi. Re itaque peremptâ, debitor liberatus intelligitur. *l. si ex legati causa. 23. ff. de verbor. obligationib. d. l. quod*

- d. l. quod te mihi. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. si quis stipul. 57. ff. de solutionib.* Accedit quartò, quòd hìc æquitas (in quâ *d. l. 2. C. de rescind. vend. fundatur*) videtur magis favere emptori, qui precium quale-quale solvit, & rem casu, **215** sicq; sine culpâ amisit. Sed & in dubio magis favendum esse convento reo, quàm actori, patescit ex *l. si servum. 9. l. 1. §. sequitur. 3. in fin. ff. de verb. oblig. & l. si plures. 14. §. ultim. ff. de positi. ubi eleganter dicitur; æquum esse, naturalem interitum ad actorem pertinere: utique eum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*
- 216** Nec confringit traditionem nostram, quòd dissentientes contendunt: emptorem æquè principaliter obligatum esse venditori, vel ad id quod iusto deest precio, persolvendum: vel ad rem emptam restituendam, arg. *d. c. cum dilecti. 3. & cap. cum causa. 6. de empt. & vend. ac consequenter, re peremptâ, obligationem ad precium superesse. l. si in emptione. 34. §. si emptio. 6. ff. de contrah. empt. l. Stichum aut Pamphilum. 95. in pr. ff. de solut.* Etenim allegata modo capitula nihil aliud volunt, quàm emptorem facultatem habere supplendi sive solvendi iustum precium, eamq; facultatem illi non esse auferendam: quòd & nos non diffitemur. Inde autem propterea non rectè inferitur, ipsius rei restitutionem non esse principaliter tantum in obligatione. Illud sanè extra controversiam positum videtur: emptorem conveniri posse, & compelli ad solvendum iustum precium, licet rescitra ejus culpam perierit; quando alteri eam ipse vendidit, & ab emptore secundo iustum precium accepit. Siquidem hoc casu, cum ipse emptor precium habeat, rem ipsam habere censetur, *l. si ipsa res. 18. ff. quod met. caus. Salicet. & Panthal. Cremens. in d. l. 2. C. de resc. vend. & Pinel. ibidem. d. part. 2. cap. 1. n. 38. Covarr. d. lib. 2. var. resol. c. 4. circa finem. & Fachinus d. lib. 2. cap. 18. in fine.*
- 218** Advolat nobis hìc tractanda alia quæstio, diu multumq; à Doctoribus agitata: Si quispiam vendat minori precio rem majoris precii, eâ clausulâ adjectâ: *Et si quid pluris valet, donat*: utrùm, si ultra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere valeat? Negant id Imola, Ludovicus Romanus, & Amilius Ferretus in *l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verb. obl. Alberic. in l. si tibi decem 17. q. ult. ff. de pact. Odofred. & Petrus de Vbald. in l. 2. Cod. de rescind. vend. Fabian. de Mont. in tr. de empt. & vend. q. 8. pr. n. 17. & 18. Andr. Barbat. in c. cum causa 6. col. 2. circa med. vers. & si opponatur, & c. de empt. & vend. Forcatul. Necyomant. Dialog. ult. n. 6. & alii, quos recitat Cavallos tom. 2. opinio- num comm. contra commun. q. 511. n. 2. Affirmant verò non absq; ratione Bartol. Bald. Salicet. Paul. de Castro, & Cagnol. n. 124. nec non Pinel. part. 1. c. 2. n. 20. C. de resc. vend. Boer. decis. 142. n. 10. Fachin. lib. 2. contrav. jur. c. 19. Jacob. Curt. Brugensis lib. 1. conjecturar. ad Vividum Colleg. c. 7. & lib. 3. ad Fratrem. c. 2. Trentacinq. var. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 10. aliq; plures ab eo allegati. Etenim illa clausula (*Et si quid pluris valet, donat.*) ita accipienda est, ut locum obtineat in modicâ quantitate; non autem in magnâ, ubi videlicet deceptio ultra dimidiam iusti precii esset. *l. hac adjectio. 192. ff. de verb. signif.* Nec obstat; quòd, cum venditio propter modicam læsionem non rescindatur. *l. quisquis. 15. Cod. de resc. vendit.* ejusmodi clausula operari debeat, ut nec propter læsionem enormem rescindi queat: ne alioqui superflua & inutilis prorsus evadat. Hoc namq; clausula ista operatur: ut emptor viliori precio, quàm sit iusta rei æstimatio, emens haud peccare intelligatur.*
- 220** At quid statuendum, si prædicta clausula pinguius & magis generaliter concepta sit, hoc modo: *Et si quid pluris valet, totum illud, & omne quantumcunq; est, donat. & remitt. emptori?* Et communior, eaq; verior (ut ut eam futilem atq; rejiciendam dicat Pinelus *d. part. 1. cap. 2. n. 22.*) traditio est: venditionem rescindi neutiquam posse ex *d. l. 2. C. de resc. vend.* Ea quippe sermonis universalis natura est, ut nihil excludat; sed omnia omnino, & consequenter etiam læsionem ultra dimidiam, comprehendat. *l. Julian. 68. in pr. ff. de legat. 3. l. 1. §. 1. ff. de legat. præst. l. si servitus. 23. ibi, verbo generali omne lumen significari. ff. de servit.*
- 221** *urb. præd. can. 1. §. dicendo verò omnia, & c. Distinct. 19.* Non evertit conclusionem hanc regula *l. 2. in fine. C. communia de legat.* quâ dicitur, non verbis, sed ipsis rebus leges esse impositas. Nam non verbis duntaxat, sed rebus hæc decisio

convenit: cum universalem orationem plura continere, quàm particularem, notissimum sit. Ideoque magnum & evidens discrimen inter hæc duo (*si quid pluris valet, dono: & si quid pluris valet, omne id, & totum quantumcunq; est, dono*) esse nemo non animadvertit. Non minuit quoque eandem sententiam *l. ult. §. idem quasi. 3. ff. de cond. indeb.* ubi expressum est, generalem clausulam, quæ pactionibus adjici solet (*nullam se amplius controversiam facturum*) indebiti conditionem non impedire. Sic enim promittens non præsumitur voluisse se obligare ad solvendum, quod non debebat: quippe cum se debitorem esse existimaret. Ast in nostro casu venditor de læsione cogitat: seque læsum esse non ignorat: & nihilominus læsionem ipsam emptori remittit ac donat. Nihil præterea derogat opinioni nostræ *l. 224. pediculis. 32. §. Labeo 6. ff. de auro & argento legat.* ubi responsum est, non mutare substantiam rerum non necessariam verborum multiplicationem. Quia textus iste procedit, quoties unum & idem exprimitur diversis verbis, idem significantibus. Loquitur siquidem disertè de eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi defierit lana tincta, lana esse. In propositâ autem specie verba illa (*omne & totum quantumcunq; est, donat*) generalia plane sunt: adeoque plura, quàm simplex illa oratio (*Et si quid pluris valet donat*) complectuntur. Ulterius nihil adver- **225** satur, quòd renunciatio generalis, quâ omni legum quis auxilio renunciat, non tollat beneficium, venditori ex *d. l. 2. C. de resc. vend.* concessum; ut & textibus juris, & Doctorum auctoritatibus probatum est *supra n. 120.* Quandoquidem generaliter omni legum auxilio renunciens, de tam immodicâ læsione cogitare non præsumitur; ac propterea ad eam speciem renunciatio non extenditur. Cæterum in præsentì themate, venditor nominatim de læsione circa precium cogitare, totumque id, quod iusto deest precio, emptori donare creditur. Quare hæc nostra species cum illâ, utpote longè diversâ, nihil commune habet. Atque huic patrocinantur doctrinæ Baldus. Salicet. Castrensis. & Cagnol. *l. n. 130. in d. l. 2. C. de rescind. vend. Boerius decis. 142. n. 10. Alexand. cons. 42. n. 7. & cons. 117. vol. 1. consil. 20. & 163. vol. 5. Curt. jur. consil. 183. Fachin. d. lib. 2. contrav. jur. c. 19. vers. sed & tertia oritur controversia, & c. Trentacinq. d. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend. n. 10. vers. secunda conclusio, & c.*

Expeditæ jam quæstioni proxima est illa, ex eadem clau- **226** sulâ descendens: Num videlicet insinuatio sit necessaria, si fortè precii quantitas à venditore donata, summam quingentorum aureorum excedat? Minimè necessariam esse, tradiderunt Calderinus consil. 2. tit. de empt. & vend. Barbat. in *l. 2. ff. de verb. oblig. & alii, quos refert, & defendere conatur Covarr. lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 8.* Sed contrarium haud infirmis argumentis docuerunt Petrus Anchoranus & Imola in *c. penult. de empt. & vend. Alciat. ad d. l. 2. ff. de verbor. obl. num. 16. Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gloss. 18. num. 15. Fachinus d. lib. 2. c. 19. vers. majorem habet difficultatem, & c. aliq; per eos citati.* Primum enim clarissimi juris est: **227** venditionem viliori precio donationis causa factam, esse veram donationem. *l. si quis donationem. 38. ff. de contrah. empt. l. si sponsus. 5. §. circa venditionem. 5. ff. de donat. int. vir. & uxor. l. vir uxori. 17. ff. ad senatuscons. Vellejan.* Si vera donatio est: utique & insinuationem desiderat. *l. in hac sacratissima. 30. & seqq. C. de donation.* Deinde donari **228** illud videtur, quod nullo jure cogente datur. *l. 1. & l. donari. 29. in princ. ff. d. tit.* Nostro autem casu, qui donat id, quod pluris res valet, nullo jure cogente, sed sponte hoc facit: cum illud donare non teneatur. Quare sicut in aliis donationibus, ita & in hac insinuatio requiritur. Adhæc negari non potest, quin propositâ in specie venditor remittat jus emptori, quod sibi, ad venditionem rescindendam, vel ad iustum precium petendum, compete- **229** bat. Atqui remissio debiti, seu renunciatio juris competentis, donatio quædam judicatur. *l. in adibus. 9. ff. de donationib. l. si mulier. 10. ff. de condit. causa data, & c.* Ergò hìc insinuatio necessaria est, ut in donationibus aliis.

Non obstat huic decisione; quòd præcipua contrahen- **230** tium intentio inspicienda est, & ab eâ contractus denominandus. *l. si quis nec causam. 4. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.* In nostrâ autem quæstione præcipua intentio est vendendi & emendi Ergo

talis contractus venditio est; nequaquam verò donatio: & consequenter nec insinuatio exigitur. Non obstitit, *namque*, hoc argumentum. Minor namque propositio merito negatur. Animus quippe & intentio ex verbis & factis detegitur. Ast hic & verba & facta donationi conveniunt, respectu scilicet majoris æstimationis ac precii, quod venditor emptori ultrò remittit & donat.

231 Similiter nihil officit; quòd venditio viliori precio facta, ita demum donationis veræ naturam induat, si donandi causa manifesta sit, *arg. d. l. si quis donationis. 38. ff. de contrah. empt.* Quoniam in præsentī specie manifestissima est donandi causa. Venditor enim apertè diserteque proficitur: se donare, quicquid ultra precium conventum ex iustā rei æstimatione deberetur. Et dato, quòd non sit vera, & propriè dicta donatio: cum ex merâ liberalitate non procedat: haud tamen propterea efficitur, quin requirat insinuationem: cum lex insinuationem exigens, omnem donationem comprehendat. *l. sancim. 34. C. de don.* Reliqua Adversariorum argumenta ex modò dictis sine ullo negotio dilui poterunt: eaq; sigillatim refutat Fachin. *loco supra notato.*

232 Porro disceptant Doctores acriter de hac etiam questione: an *l. 2. C. de rescind. vend.* locum habeat, adeòq; venditio propter læsionem ultra dimidium rescindi queat, quando facta est cum decreto judicis? Negatam tenent opinionem Bartol. Bald. & Ioan. de Platea in *l. 1. C. de præd. decurion. & c. Angel. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in repetit. l. sciendum. 30. ff. de verb. oblig.* Paul. de Castro in *d. l. 2. n. 5. Cod. de rescind. vendit.* Francisc. Curt. *consil. 67. Socin. Sen. consil. 57. colum. ult. vol. 4. Decius consil. 210. num. 8. Corneus consil. 56. lib. 3. Iasen. consil. 119. col. 2. vers. accederet etiam. vol. 1. & in cap. 1. col. 3. vers. confirmo etiam. de his, qui feud. dar. poss.* Brun. *consil. 41. Mantua consil. 82. Simon de Pratis consil. 109. num. 17. vol. 1. Marcellus Cal. in tractat. de mod. artic. & prob. §. 2. gl. unic. num. 737. Pruckman. consil. 29. num. 57. & consil. 49. num. 168. vol. 1. Berlich. *decis. aur. 126. num. 22. & Antonius Gabrielius in suis communib. conclus. lib. 3. tit. de empt. & vendit. concl. 1. num. 57. ubi hanc magis communem opinionem esse, asserit.* Cæterum sententiam affirmatam tutantur Imol. & Alexand. in *l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verbor. obligationib.* Panormitan. & Anton. de Burgos n. 27. in *c. cum causa. ext. de empt. & vendit. Panthal. & Cremonens. num. 108. & Cagn. n. 158. in d. l. 2. C. de rescind. vend.* Menochius de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 75. num. 34. hosq; cum aliis nonnullis referentes Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 20. vers. altera est controversia, & c. Hunnius in *resolut. ad volum. 2. disput. 2. Trentleri. quest. 43. pag. 298. Pinel. in d. l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 2. num. 18. cum seq. & Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. num. 5. vers. secunda est opinio, & c. ubi subicit, ab hac opinione**

233 non recedendum nec in iudicando, nec in consulendo. In quâ conclusione & ego acquiescendum omninò censeo. Tum quia juris est non incogniti; minorem adversus venditionem esse restituendum, si fuerit læsus in precio: quantumvis cum decreto judicis venditio facta fuerit. *l. si quidem. 11. Cod. de præd. & aliis reb. minor. & c. Ripoll. variar. juris resolut. prædicto cap. 11. num. 393. & seq. fol. 364.*

234 Tum quia Ecclesia (cujus bona sine decreto & solennibus juris alienari non possunt. *tot. tit. de reb. Eccles. alienand.*) ultra dimidium in contractu læsa, actionem habet ad illum rescindendum. *c. cum dilecti. 3. & c. cum causa. 6. de empt. & vendit.*

235 Non juvat superiorem negativam, & hanc affirmativam prosternt sententiam *d. l. 1. ibi, ut nec immoderatus venditor, & c. item ibi, denique nihil erit postmodum, & c. Cod. de præd. decurionum sine decreto non alienand.* Et enim lex ista initio ait: decurionem vendere non posse prædia absque necessitate, à iudice æstimandâ. Quòd si forma hæc servata sit: Ita fiet (inquit textus) ut nec immoderatus venditor, id est, qui sine causa & moderatione vendat, nec emptor inveniatur injustus, id est, qui vel potentiâ, vel insidiis ad vendendum inducat, ut statim ibi in textu additur. Vel si ad omnem injustitiam illa verba referantur: sensus erit; non faciliè repetitum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minùs iuste contrahat, propter judicis auctoritatem, quæ intercedit. Quod sanè prom-

ptè conceditur: sed illud controvertitur, & in questione versatur: si & iudex & contrahentes circumventi sint, & fortassis per imprudentiam erraverint, ita, ut venditor in precio ultra dimidium deceptus fuerit; an rescindi contractus possit? Et posse, respondetur: quoniam jam perspicuum est, iudicis auctoritatem parùm in eo profecisse. Neq; etiam textus ille hoc negat: imò potiùs contrarium probat, videlicet si fuerit injustus emptor, decretum judicis non valere, docente Trentacinquo loco antè designato. Quòd verò attinet ad illa legis verba: Deniq; nihil erit postmodum (scilicet decreto judicis interveniente) quo venditor vel circumventum se insidiis, vel oppressum potentiâ comparatoris, queri debeat: quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate patuerit comparantis. Ex his quidem verbis constat: venditorem hoc in casu allegare non posse, se vel metu compulsus, vel emptoris insidiis circumventum vendidisse: sed ex iis nullo modo elicitur, quòd venditor ultra dimidium in precio deceptus, de hac læsione enormi conqueri non possit.

Nihil quoque negotii faceffit nostræ conclusioni: quòd 236 decretum judicis omnem fraudis & doli præsumptionem excludat, hocq; operetur, ut contractus ritè ac legitime celebratus reputetur. *arg. d. l. sciendum. 30. ibiq; communiter Doctores. ff. de verb. obl.* Quandoquidem una præsumptio tollit aliam; hæc q; excluditur per probationem in contrarium; & veritati omnis præsumptio cedit. Proindeq; si ap- 237 paret de læsione enormi, & injustitiâ: cessare debet præsumptio existens pro decreto, huiusq; efficaciam, *arg. l. divus. 7. ff. de in integr. restit. & l. magis puto. 5. §. si as alien. 14. ff. de reb. eor. qui sub tutela, & c. Simoncell. in tr. de decretis. lib. 3. i. 7. n. 5. Menoch. d. lib. 2. præsumpt. 75. num. 32. aliq; plures per eos congesti.*

Nihil insuper hîc deferendum est auctoritati illorum, 238 qui opinioni contrariæ suffragantur, licet fortè numero plures sint. Non enim ex multitudine auctorum, quod meliùs & æquius est, judicare debemus: cum possit & deterioris sententia & multas & majores in aliquâ parte superare, ut ait ipsemet Imp. Justinianus in *l. 1. §. sed neque. 6. C. de vet. jur. enucleand. & in simili respondit. Clarissimus D. Collega Bocerius in tract. de crim. majest. c. 3. num. 38.*

Non caret controversia & hæc quæstio: ecquid benefi- 239 cio *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locus relinquatur, si venditio præcedente publicâ subhastatione sit facta? Negantium vota probant Angel. in repetitione *l. sciendum 30. col. 6. num. 11. ff. de verbor. obligat. in l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. precia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. num. 3. & consil. 142. num. 2. Bald. in d. l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. num. 2. & consil. 513. incip. iudex & creditor. lib. 5. Guido Papa singul. 553. & decis. 22. in fin. Corneus consil. 56. lib. 3. Grat. lib. 2. responsor. in respons. 157. num. 10. & alii citati à Gabrielio commun. conclus. 1. de empt. & vendit. conclus. 1. num. 61. Quibus novissimè quoque unâ cum nonnullis aliis à se relatis, suffragatur Berlichius *d. decis. aur. 126. num. 511. 22. & seqq. pag. 466. cum seqq.* Ast agentium dogma sequuntur Alexand. in *d. l. precia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. & in consil. 117. colum. ultim. lib. 7. Bart. in d. l. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor. num. 1. vers. contra quia si res fuerit subhastata. Ioan. Mauris. de in integr. restitut. cap. 375. Cesar. *Vrsil. in addit. ad Matth. de Afflict. decis. 340. Fabian. de Monte. tract. de empt. vendit. quest. princip. 5. num. 88. Cravetta consil. 29. num. 4. Paulus de Castro & Cagnol. n. 161. in d. l. 2. Cod. de rescind. vend. & ibid. Pinelus part. 2. cap. 2. num. 25. Firmian. in tractat. de gabell. in 2. part. princ. colum. 2. Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 12. vers. sed contrarium docuerunt, & c. Andr. Rauchbar. part. 1. quest. 46. num. 25. Anton. Faber. in suo Cod. lib. 4. tit. de rescind. vendit. definit. 4. num. 8. nec non Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de empt. & vendit. num. 4. ubi plures citat. & ab hac magis communi opinione nunquam descendendum esse affirmat. Cui & ego, tan- 240 quam veriori, album calculum lubens addo. Tum quòd humanitatis ratio militat in omni venditione, dictatque, ut venditori graviter læso succurratur. Tum quòd *d. l. 2. generaliter & indistinctè loquitur: & ipsa venditio, per subhastationem præcedentem facta, rescissioni subja-****

- et, dolo & fraude interveniente. *l. si quos. 16. Cod. de resc. vendit.* quæ fraus censetur esse, ubi tanta læsio intercessit. Tum etiam per textum expressum in *l. fundus. 9. ff. de resc. vendit.* ubi dicitur: si fundus ob vectigale Reipublicæ venit, quod debitor ideo, quod fundus minoris venisset, quam debita summa fuit, rescissionem contractus petere possit.
- 241 Non obloquitur huic pronunciato, quod res tanti valet, quanti vendi potest. *l. 1. §. si heres. 16. vers. sed estimandum, quanti valet. ff. ad senatus consult. Trebellian. l. mortis causa. 18. §. ultim. ff. de mortis caus. donat.* Ideoque cum res publicæ, præcedente subhastatione, distrahitur, locus esse nequit rescissioni contractus: quoniam eo precio vendita est, quo vendi potuit. Nam respondetur: rem tanti valere, quanti vendi potest, cessante scilicet omni dolo & fraude. At vero proposita in specie dolum, propter immoderatam læsionem, re ipsa inesse, nemini dubium esse potest. Quocirca bona illa præsumptio, quæ pro subhastatione facit, omnino corrumpitur. Cetera argumenta contraria satis abundè resolvit Fachinaus loco præallegato. Adde Dn. Colleg. Besoldum dicto vol. 3. consil. 139. fol. 212. & seq.
- 242 Succedit alia de datione in solutum controversia: utrum in illâ remedium *l. 2. Cod. de rescind. vend.* locum habeat? Pro cuius quæstionis resolutione duo veniunt considerandi casus. Primus est in datione in solutum voluntariâ extra judiciali, à debitore creditori absque interventu iudicis factâ. Alter est in datione in solutum judiciali; cum videlicet pignus creditori à iudice adjudicatur. In primo casu concludunt unanimiter Doctores: in istâ donatione in solutum habere locum remedium *d. l. 2. ex hac ratione:*
- 243 quod talis in solutum datio similis sit venditioni, ejusque vicem obtineat. *l. fin. ff. quib. de caus. in possess. eat. l. si pradium. 4. in fine C. de evictio. l. eleganter. 24. in princ. ff. de pignor. act. Alexand. in l. si quis, cum aliter. 36. num. 18. ff. de verb. obligat. Curt jun. consil. 53. Mant. consil. 70. col. 2. Marcus Anton. Natta consil. 207. num. 2. vol. 1. Panthal. Cremens. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in 11. limitat. Cagnol. ibidem num. 163. & Pinelus part. 1. cap. 4. num. 10.* In secundo casu variant Interpretes. Alii enim affirmativæ ad hærent. *Oldrat. consil. 37. quæst. 3. Iohan. Andr. in addit. ad Specul. in tit. de judic. in §. sequitur. ad verbum, sequitur. in fine. Imola in c. cum causa. colum. fin. de empt. & vendit. Iason consil. 151. circa finem. volum. 4. & Mantua d. consil. 70. col. 2.* Alii verò negativæ ad stipulantur, *Bald. Roman. Alexand. & Aretin. in dict. l. si quis, cum aliter. 36. ff. de verbor. obligationib. Herculan. in l. à divo pio. 15. §. si pignora. ff. de re judicat. Fabianus de Monte in tract. de empt. & vendit. quæst. 8. princip. num. 9. Socin. regul. 220. in 4. limitat. Anton. de Burgos in d. c. cum causa. num. 45. de empt. & vend. Fachinaus libr. 2. controvers. jur. cap. 21. vers. sed communis & vera sententia est, &c. & Trentacinquus variar. resol. lib. 3. resol. 3. de empt. & vend.*
- 244 num. 13. vers. secunda est opinio, &c. Atque huic sententiæ & ego non invitus subscribo, propter hanc potissimum rationem: quia cum isthæc in solutum judicialis datio fiat à iudice, non à parte: idcirco, si ex ea læsio sive damnum inferatur; remedium ordinarium appellationis competit. *l. ab executione. 5. Cod. quorum appellat. non recipiunt.* Quod si creditor maluerit pro credito pignora accipere iisque contentus esse: amplius reclamare, auxilioque *d. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* uti haud poterit: cum de residuo, quod sibi debetur, pacto veluti transegisse, idque remississe videatur. *d. l. à divo Pio. 15. §. si pignora. 3. ff. de re judic.*
- 245 Nec movet quicquam, si replicetur: non intervenisse hoc in casu iudicis sententiam, sed decretum quoddam ex officio iudicis, quod dispositionem *d. l. 2. C. de resc. vendit.* excludere non potest, ut demonstratum supra num. 165. & seq. Non etenim procedit hîc argumentum à decreto iudicis interposito in actu voluntariæ jurisdictionis, ad decretum in contentiosa jurisdictione interpositum, à quo appellari posse certum est, si modus in exequendo excedatur. *d. l. ab executione. 5. C. quor. appellat. non recipi. Fachin. dicto loco.*
- 246 Tandem quæ actio sive quod remedium competat ad rescindendam venditionem propter læsionem ultra dimidiam, acerrimè Dd. conflictantur? Quidam namq; extra-

ordinarium auxilium, id est, in integrum restitutionem vel officium iudicis competere autumant, *Petrus & Cynus in d. l. 2. C. de rescind. vendit. Hunnius d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7. part. 1. quæst. 16. pag. 1115.* Alii conditionem ex lege dari suspicantur, *Angel. in l. si id, quod aurum. 22. ff. de V. O. huncq; referens Pinelus ad d. l. 2. parte 2. c. 1. n. 26.* Denique nonnulli actionem ex empto & vendito concedi existimant, *Gloss. Bartol. Donellus n. 44. & ceteri in d. l. 2. C. de resc. vend. Fachinaus libr. 12. controvers. jur. cap. 31. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. contrav. assert. 70. D. Obrecht. disp. 35. th. 157. & aliquot subsequentib.* Atq; horum sententiam, quæ communis est, & legibus consona, recipiendam iudico. *l. ex empto. 11. §. si quis virginem. 5. cum §. seq. & l. Iulianus. 13. §. si venditor. 4. & §. seq. & §. si quis colludente. 27. ff. de actionib. empt. l. 2. C. eod. l. sed Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* quibus ex locis apparet; dari actionem ex contractu ad rescindendum ipsum contractum, ob justas causas.

247 Huiusque ratio est perspicua: siquidem quæcunque sunt moris & consuetudinis, id est, quæcunque ex more & consuetudine receptæ, venditor emptori, aut emptor venditori præstare debet: ea veniunt in actionem ex empto & vendito, *l. quod si noluit. 31. §. quia assidua. 20. ff. de edilit. edict.* Multo ergo magis ea veniunt, quæ jure certo præstanda sunt, qualis est restitutio, quæ fieri debet ex sepius allegatâ *l. 2. C. de rescind. vend.* Nihilq; ad rem pertinet, quod de hac restitutione sive rescissione, in contrahendâ emptione nihil convenit, sed potius omnia contraria acta sunt. Nam in bonæ fidei iudiciis, qualis est emptio & venditio,

248 omnia veniunt illa, quæ ex æquo & bono præstanda sunt, etiam si de iis nihil omnino convenerit, *per tit. f. de oblig. ex consens. in fine. §. in bona fidei. 30. infr. de action.* Nec rectè

249 quispiam dixerit: absurdum videri, actionem ex vendito ad rescindendam venditionem dari, quæ ad confirmandam venditionem introducta est. Haud enim infrequens est, vel novum: ut actio ex vendito, aut ex empto, ad rescindendam sive resolvendam venditionem concedatur, sicut liquidissimè patescit ex *d. l. ex empto. 11. §. si quis virginem. 5. ff. de actionib. empt. & similibus præallegatis.* Sed & maxime actionem dari constat, si fundus nominatim hac lege sit venditus, ut sub aliquâ conditione inemptus fieret. *d. l. Celsus. 6. §. 1. ff. de contrah. empt.* Quin et si nihil tale convenerit, sed solum jure liceat emptionem rescindere: in eam rem actionem emptori & venditori competere, argumentum quoque certissimum præbet redhibitio. Etenim si

250 animal morbosum, vitiosum vè sit venditum: ex edicto adilium curulium potest emptor animal redhibere venditori. *l. 1. ff. de adil. edict.* Quæ redhibitio nihil est aliud nisi emptionis rescissio, quâ fit, ut venditor rem suam recipiat, & precium reddat *l. redhibere. 21. in princ. & l. factâ rehibitione. 60. ff. eod.* Hæc autem redhibitio petitur actione ex empto. *d. l. ex empto. 11. §. redhibitionem 3. ff. de act. empt.* Idem igitur de rescissione illâ, de quâ hîc agitur, pronunciandum est. Cæterum venditori tribuitur actio ex vendito: ut precium emptori reddere, suamq; rem ab eodem recipere possit, tamen si nihil convenerit, *dictis juribus, & notat Donell. ad d. l. 2. C. de resc. vend. n. 45. & 46.* Porro varia morborum vitiorum vè redhibitionem admittentium genera recenset Johannes Wilhelmus Rövestr. in meditationib. adilitiis, de iudicio equestri, tum redhibitorio, tum estimatorio. cap. 4. lib. 1.

Non obstat eorum sententia, qui restitutionem in integrum (quæ ex æquitate comparata est. *l. penult. in princ. ff. de in integr. restitutionib.*) ad rescindendam venditionem, locum hîc habere ideò contendunt: quod Imp. in *d. l. 2.* disertè rescribunt; humanum, id est, æquum esse, hanc rescissionem dari. Nam restitutionem locum hîc sibi vindicare neutiquam posse, ratione hac evidenti ostenditur: Majores 25. annis, qui neq; dolo circumventi sunt, neque metu coacti, ut venderent, in integrum restitui non possunt, nisi ex eâ parte edicti, quæ est de iis causis, ex quibus majores in integrum restituuntur. Ast eâ edicti parte nemo major, qui facto suo læsus est; sed solum, qui necessariâ vel probabili absentia læsus est, restituitur. *l. sed & si per prætor. rem. 26. in fin. l. nec non & si 28. in princ. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit.* Quapropter in proposita specie venditor in integrum restitui nequit: quoniam neq; dolo

circumventus, neque vi compulsus est: & si quo facto læditur, utiq; suo læditur; non autem ullo facto adversarii, aut ulla etiam absentia necessaria vel probabili. Itaq; si qua est actio venditori ad rescissionem proposita: ordinaria ex vendito actio ut sit, necesse est, *docente Donello ad d.l.2. Cod. de rescind. vend. num. 44.*

- 253 Nihil item movet opinatio illorum, qui nostro casu officio judicis locum esse, asserunt, *arg. d.l.2. Cod. de tibi, auctoritate judicis intercedente.* Quæ verba cum ad judicem dirigantur: officium judicis huc locum obtinere, innuere videntur. Respondendum enim est: quod cum verba ista ad judicem relata, executionem facti respiciant: judicis officium ipsi actioni intentatæ deserviens (quod vulgò mercenarium appellant) denotare putentur, *ut traditum est à Decio in l. si soror. 8. in 2. limitat. C. de collationib.*

Nullius deniq; valoris est eorum traditio, qui in proposita quaestione conditionem ex lege competere scribunt, *arg. l. unic. ff. de condict. ex lege.* ubi conditionem ex lege dari, respondetur, quoties alia actio deficit. Ex hætenus namq; traditis sole meridiano nitescit dilucidius: in nostra specie contractus injusti rescissionem, itemq; ad æqualitatem reductionem fieri debere per actionem ex vendito, five ex ipso contractu descendente. Atq; hoc etiam arguit non obscure textus in *l. venditi actio. 6. C. de act. empt.* dum dicit: actionem venditi, non facile ad rescindendam perfectam venditionem competere. Ex eo quippe infertur: actionem aliquando dari, ubi scilicet justa subest causa, ut detur: puta quando contractus læsionem ultra dimidiam continet. Si enim nunquam competeret five daretur: non dixisset textus, *facile non competere.* Proindeq; verba ista significant: regulariter quidem actionem ad rescissionem contractus non indulgeri; sed tamen interdum indulgendam esse, *ut rectè docuit Fachineus d. lib. 12. controvers. jur. cap. 31. in fine.* Addi hic non incommode potest: quod licet restitutio in integrum ordinaria sit quadriennalis. *l. ultim. C. de tempor. in integr. restit.* hæc tamen restitutio, quæ ex *d.l.2. C. de resc. vend.* datur, triginta annorum spacio duret per tradita Baldi in *d.l. fin. col. 3. in pr. C. d. tit. Abbatis in C. cum causa. 6. ext. de empt. & vend. col. 3.* Marantæ de ordine judicior. 6. part. tit. 3. quandoq; appellatur. n. 84. nosque laudantis Acacii Antonii de Ripoll. *variæ. jur. resolut. c. 11. num. 402. fol. 365.*

- 256 Sanè illud etiam hoc loco minimè prætereundum est: hodie jure (*uti vocitant*) *πρωτίμως*, id est prælationis, seu retractus five congrui, venditionem quandoque à proximo consanguineo, consorte, socio, vicinove retrahi posse, *Exempli gratiā*: vendidi prædium aliquod meum alicui extraneo. Frater meus paratus est idem precium dare, quod ille extraneus. Quæritur: an contracta inter me & extraneum emptio, à fratre meo retrahi queat? Jure equidem communi Cæsareo hoc fieri nequit, hac præcipuè ratione: quia contractus constare debent consensu. At si ego rem meam velim transferre in alium, non in fratrem five propinquum; & hic meus consensus inhiberi possit ab eo, jam hoc videtur repugnare naturæ hujus contractus, & libertati commerciorum. *l. dudum. 4. C. de contrah. empt. Vultejus ad princ. hujus tit. n. 70.* Verum constitutione Friderici Imperatoris (*quæ extat lib. 5. fendor. tit. 13.*) jus istud protimiseos five retractus rursus introductum, & generali quâdam consuetudine Germaniæ ubiq; ferè locorum, ut & in Galliâ, Italiâ, & Hispaniâ, aliisq; nonnullis regionibus ac provinciis receptum & comprobatum est. Ea, consuetudo ratione non levi nititur: ut nimirum res majorum in nostrâ familiâ permaneant. Triste etenim & lugubre est, videre paternas & avitas domos, ac antiqua majorum prædia in extraneas manus transire, *arg. l. in fundo. 38. ibi, laribus, sepulchris avitis carendum habeat. ff. de rei vindicat. l. si in emptionem. 35. ff. de minor. l. lex, quæ tutores. 22. §. nec verò demum C. de administ. tutor.* Et non solum jure canonico isthæc consuetudo est confirmata *c. constitutus. 8. ext. de in integr. restit.* sed & jure divino observata, atq; corroborata. Nam *Levit. cap. 25. v. 25.* dixit Dominus: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessionem suam, & voluerit propinquus ejus, potest redimere, quod ille vendiderat.* Concordat *Ruth. c. 4. v. 4.* item *Jerem. c. 32. v. 7. & 8.* Atq; ita Dd. communiter sentiunt, *Alberic. de Rosat. part. 1. statut. q. 93. Pyr-*

rhus in consuet. Aurel. t. de retract. lignagier. in verb. quand. juncun. Boer. in consuetud. Bituricens. §. 1. in pr. d. t. Tiraquell. in prefat. de utroq; retract. n. 1. & 7. Chassan. in consuetud. Burgund. Rubr. 19. §. 1. circa princ. hosq; referens Andreas Gail. lib. 2. observat. 19. n. 1. Mynfinger. cent. 3. observat. §. 1. Matthæus de Afflict. in rubr. de jure protimiseos. Corasius lib. 3. miscell. jur. civ. c. 3. n. 1. Bonavent. Gaur. Disp. 10. Basileens. de jure retractuum. conclus. 1. & 2. item conclus. 33. Althus. lib. 1. Dicaolog. c. 75. n. 31. cum seqq. pag. 260. Bronchorst. cent. 1. miscell. contrav. assert. 68. & Morla in empor. jur. part. 1. tit. 9. quest. 11. Adde Matthiam Berlichium de jure protimiseos latissimè differentem conclus. practicabil. part. 2. conclus. 39. num. 11. & seqq. pag. 824. & seqq. Theodorum Reinkingk in tract. de retractu consanguinitatis, quest. 1. n. 10. cum seqq. nec non Auctorem Consilii Argent. 33. volum. 2. fol. 617. & seqq.

Cæterum is, qui rem venditam retrahere, & ad se revocare desiderat, necesse habet, ut solennia retractus requisita diligenter observet. Primum autem requisitum esse solet: ut sibi, ac in usum suum, non in commodum alterius, & fraudem emptoris retrahat. Hac siquidem in realiquando perniciosè peccari exploratum est. Itaq; alteri hoc jus cedi nequit, *arg. l. si mulier 59. §. 1. ff. de jure dot. l. 3. §. 1. & §. item si quis. 4. ff. de legat. præstand. lex plurib. 42. ff. de administ. & peric. tutor. Novell. 55. c. 1. & notant. Matth. de Afflict. in tract. de jur. protimis. §. 1. n. 43. & §. 2. n. 23. Paris. consil. 82. n. 12. & 26. vol. 3. eleganter Coras. d. c. 3. n. 7. cum seq. Zabarell. cons. 87. & cons. 104. Signorol. de homodeis consil. 181. col. 2. vers. præterea. & c. Bald. & Angel. in l. ad officium. 3. C. communi dividund. hosq; referens Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 3. sub lit. d. Et plerunque ex statuto requiritur juramentum retrahentis; quod bonâ fide, & sine fraude ad retractum veniat, ejusque beneficio utatur, *arg. l. de pupillo. §. §. qui opus. 14. ff. de operis novi nunciat. & l. qui bona fide. 13. §. si quis stipulatus. 12. ff. de dam. infect. Tiraquell. de retract. lignag. gloss. 1. §. 5. n. 1. cum seqq. Gail. d. lib. 2. obs. 19. n. 10.* Idem quoque disertè comprobavit jus renovatum Würtembergicum, part. 2. tit. 16. pag. 296. in fin.*

Secundum retractus requisitum est: ut intra annum & 260 diem fiat, *d. c. constitutus. 8. ext. de in integr. restit. Gursil. Würtemb. erneuert Landr. d. part. 2. t. 16. p. 292. & 293. §. Wir wollen und ordnen/te.* Eo namque tempore elapso, tacita quædam istius juris remissio inducitur: adeo, ut moræ purgatio amplius non admittatur. Regulariter enim, quando à lege, vel statuto certum tempus præfigitur, eo effluxo non admittitur moræ purgatio: quia terminus legis est peremptorius *arg. c. 1. de exceptionib. in 6. Panormitan. in c. cum in tua. 6. num. 11. ext. qui matrimon. accus. poss. Roland. cons. 21. n. 9. vol. 1. Gail. d. obs. 19. num. 11. Dominic. Card. Tusch. tom. 4. pract. conclus. lit. I. conclus. 583. num. 18. & seq. Daniel Moller. ad constitut. Saxon. part. 2. constitut. 32. Berlichius d. part. 2. conclus. 40. num. 5. & seqq. Paul. Christin. decis. Cur. Belg. vol. 3. decis. 55. num. 1. ad fin. & vol. 1. decis. 281. n. 18. & Reinkingk d. tract. de retract. consang. quest. 7. pag. 308. cum seq. ubi plures citat.* Tempus autem illud, juri *πρωτίμως* præfinitum ex eo die currere incipit, quo retrahens, fundum retractui obnoxium alienatum esse, scivit: idque non solum jure communi, utpote quo ignorantibus tempus anni currere minimè solet. *l. semper. 15. §. annus. 4. junctis §§. seqq. ff. quod vi, aut clam. l. annus. 6. in fin. ff. de calumniatorib. l. gener. 8. ff. de his, qui not. infam. l. 2. ff. quis ordo in honor. poss. servet. Chassan. ad consuet. Burgund. Rubr. 10. §. 5. n. 5. vers. contrarium tamen, & c. Hartman. Pistoris lib. 2. quest. jur. q. 12. num. 26.* sed & jure feudali, per textum in *tit. 9. §. ult. bi, vel annali silentio, ex quo sciverit. & text. in tit. 26. §. Titius filios. in fine lib. 2. fendor.* & canonico, uti indicat textus in *d. c. constitutus. 8. ibi, intra annum & diem à tempore contractus junctis verbis præcedentibus illis, fecit eos contractui consentire. ext. de in integr. restit. tum etiam Würtembergico. d. part. 2. tit. 16. pag. 294. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 20. thes. 59. ad lit. b.* Quamvis plerique existiment, tempus istud currere à die traditionis rei venditæ, etiam ignorantibus: sed retrahentem ex causa ignorantie in integrum restitui posse. *Iohan. Fichard. consil. 33. n. 10. part. 2. Boer. decis. 112. Gail. d. obs. 19. n. 17. & 18. ubi communem hanc*

hanc opinionem esse affirmat. Eadem de re videatur Petrus Aug. Morla part. 1. emporii jur. tit. 9. quest. 13. & Gauer. dict. disput. de jure retract. conclus. 52.

- 263 Tertium retractus requisitum perhibetur: ut retracturus justum & integrum precium emptori realiter offerat. l. Iulianus. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib. empt. l. servus 34. §. 1. ibi, ita demum, si obtulit eam quantitatem ff. de statu liber. l. cum enim. 7. in fine. ff. de novationib. l. contra. 6. in fin. ff. ad senatuscons. Maced. l. 2. C. de pact. inter emptor. & vendit. l. 2. C. de jur. emphyteut. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht/ part. 2. tit. 16. p. 295. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gl. 17. n. 8. & gl. 19. n. 6. & §. 3. gl. 3. n. 1. Gauer. d. disp. concl. 54.
- 264 At quid, si precium, quod emptor extraneus solvit, justo majus sit, num integrum hoc à retrahente offerendum erit? Hæc questio licet controversiâ insigni non careat, multis putantibus, eum, cui jus retractus competit, verum duntaxat rei precium offerre teneri, ut sensit Angel. Raph. Cuman. Paul. Castr. & Iason in l. qui Romæ. 122. §. coheredes. 3. ff. de verb. obl. item Matth. Afflict. in constitutione Sicilia, incip. ad subjeutorum. in 4. notab. aliis verò contrà sentientibus, retrahentem id precium, quod extraneus emptor dedit, quantumvis justum excedat, solvere obligatum esse, ut voluit Iohan. Andr. in addit. ad Speculat. tit. de empt. & vendit. §. nunc dicendum. vers. sed pone statutum, & c. Sal. cet. in l. dudum. 14. col. 2. vers. quero, statuto cavetur. C. de contrah. empt. Imol. Alexand. Franc. Aret. & Socin. in d. l. qui Romæ. §. coheredes. ff. de verb. obligat. Eald. in l. 2. ad finem. C. de rescind. vend. Fabian. de Monte S. Sabin. in tractat. de empt. & vend. quest. 3. princip. num. 42. vers. sed tunc quero, & c. aliis denique nescio quâ distinctione rem explicare laborantibus, Francisc. Ripa in l. 1. in fin. ff. de privilegi. credit. & c. Attamen quia jus nostrum Württembergicum priori Ioannis Andreæ, & sequacium sententiæ, utpote veriori & receptiori, assistit, ab ea nequaquam in iudicando recedendum esse, arbitror. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht/ d. part. 2. tit. 16. pag. 295. in princip. ibi, den Rauffschilling / wie solcher paar oder zihlsweise vorgelichen / c. item Landsordnung/ pag. 38. tit. wie unsere Gleschen / c. ibi, in diesem Rauffgelt lösen mögen / c. Hancque sententiam confirmat l. ult. vers. & si quidem dominus, & c. C. de jur. emphyt. ubi jus protimiseos domino emphyteutæ quidem datur: sed tamen ille idem precium, quod extraneus reverâ oblaturus esset, solvere cogitur. Eandem stabilire videtur l. penult. & l. ultim. circa finem. C. de locat. prædior. civil. & c. ubi antiquior colonus fisci præfertur extraneis in novâ conductione, dummodo idem planè precium offerat, quod ceteri offerre sunt parati. Eidem robur addit non exiguum textus in c. potuit. 4. ibi, quantum sibi ab aliis offertur. ext. de locato & conduct. item in c. un. §. 1. ibi, pro equali precio accipere volenti per quos fiat investitura. tit. 3. & tit. 9. §. ultim. ibi, pro equali precio redemptionis. lib. 2. feud. textus item in l. in fundo. 38. ibi, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor. ff. de rei vindicat. & in l. Prætor. 9. §. in eum. 6. ibi, quantum perciperetur, si locatus vel distractus fructus esset. ff. de reb. auctor. jud. possid. Præterea natura hujus contractus suadet, ut tam emptor, quam venditor servetur indemnis. l. debet. 27. in fine. de adilit. edict. l. intra. 39. §. 1. ff. de minorib. 25. annis. Atqui si retrahens teneretur solummodo justum verumque rei precium solvere: venditor duplici incommodo afficeretur: uno, quod invitatus rem vendere compelleretur, contra d. l. dudum 14. C. de contrah. empt. altero, quod partem sui precii sine ullâ suâ culpâ amitteret, contra c. sine culpâ. 23. de reg. jur. in 6. Est autem tralatitium, neminem debere duplici onere five damno affici. l. navis. 4. §. cum autem jactus. 2. vers. quia non debet. & vers. quid ergo. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. cogi. 16. §. in de queritur. 3. ibi, ne dupliciter fideicommissarius oneretur. ff. ad senatuscons. Trebell. l. jure succursum. 6. in princ. ff. de jur. dot. l. penult. in fin. ff. de dote prælegat. c. at si clerici. 4. in fin. ibi, gl. in verbo duplici ext. de iudiciis. Adhæc privilegium prælationis non debet cum detrimento tertii esse conjunctum. l. 2. §. si quis à principe. 16. ff. ne quid in loco publico, & c. Hinc licet fiscus rem communem totam vendere possit. l. 2. C. de communium rer. alienat. si tamen consors tantum solvere paratus est, quantum offert alius, non im-

merito præfertur. arg. l. 1. ff. de privilegi. credit. Sed in no- 270 stro casu venditorem, si cogeretur minus precium accipere, quam ab aliis posset habere, damnum pati in aperto est. Denique surrogatum ejusdem est naturæ cum eo, cujus in locum substituitur & succedit. arg. l. si ex lapidicinis. 32. ff. de jure dot. l. Imperat. 70. §. ult. cum l. seq. ff. de legat. 2. c. Ecclesia. 3. cum concordantibus, ibi à glossa adductis, in verb. successerunt. ext. ut lite pendente nihil innovetur. Jam verò is, cui competit & conceditur jus protimiseos, in locum prioris emptoris succedit. Ergo idem precium, etiam si justo majus sit, solvere tenetur.

Non adversatur huic assertioni: quod nemini invito 271 jus suum est auferendum. l. id quod nostrum. 11 ff. de reg. jur. At si admitteretur animosus licitator dives; inopem, qui habet jus congrui sive retractus, facile inmodicum precium offerendo removeret. Quod incommodum ut declinetur: oblatio justæ ac veri precii sufficere debet, arg. l. loc. 9. in pr. ff. de public. & vectigal. ubi locatio vectigalium, quæ calor licitantis ultra modum solitæ conductionis inflavit, non facile admittitur. it. arg. l. ad offic. 3. in fin. C. communi divid. ubi notatur, quod si consors justum & æquum precium offerat, extraneus licitator animosus non admittatur. Illud, in- 272 quam, non adversatur. Ius etenim protimiseos hoc saltem continet: ut quis venditionem retractando, in emptionis locum succedat; adeoque persona emptoris mutetur, substantialibus prioris contractus salvis. Nemini itaq; aliquod jus intervertitur. Et sanè si fraudulenter alius licitator subjiatur: dubium non est ullum, quin fraude detectâ & sufficienter probatâ, verum duntaxat rei precium à venditore peti possit.

Sic nihil obstat, quod quando alicui legibus, statuto vel 273 consuetudine necessitas vendendi injungitur, id de justo precio sit accipiendum. l. si cui legetur. 49. §. meminisse. 8. ff. de legat. 1. l. item veniunt. 20. §. ult. ibi, verum precium debet præstari. ff. de petit. heredit. l. cum quasi. 30. §. si plures. 6. ibi, justo precio æstimentur. & l. seq. §. 12, cujus serv. 4. ff. de fideicommiss. libert. Nam istæ leges huc non quadrant, ut quæ 274 verum precium, definiunt illi, qui indistinctè vendere jubetur, vel cogitur. At nostro in casu nemo vendere jubetur: sed, cui vendendum sit, duntaxat constituitur. Adde quod leges venditionem, quæ veram rei æstimationem excedit, haud improbant. l. in causa. 16. §. penult. ff. de minor. l. item si precio. 22. §. fin. ff. locati. l. ad rescindendam. 4. l. si voluntate. 8. & similib. C. de resc. vend. Atq; ita hanc etiam defensant sequunturq; decisionem Tiraq. in tr. de retract. lignag. §. 1. gl. 18. n. 10. Rober. disp. 17. th. 2. Wegn. disp. 12. th. 2. ad tit. L. & D. Boc. clas. 3. disp. 22. th. 62. ed. 2. Ioan. Köpp. decis. 52. n. 18. & seq. Rosenth. de feud. c. 9. concl. 90. n. 31. Berlich. d. part. 2. conclus. 41. n. 5. & seqq. ubi non solum plures hujus sententia defensores citat: sed & plura dissentientium argumenta diligenter refutat.

Quantum retractus est requisitum: ut retrahens simul 275 cum precio non solum sumptus & expensas, tempore contractus factas, emptori offerat; sed eidem etiam, tanquam bonæ fidei possessori, necessarias & utiles impensas, quas in prædium ipsum absque fraude fecit, refundat. l. Imperator. 16. ff. de in diem addict. l. colonus 61. in princ. ff. locati. l. in hoc iudicium. 48. §. 1. ff. commun. divid. l. sin autem 27. §. fin. & l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat. l. sin area. 33. ff. de condict. indebit. l. Paulus. 14. ff. de dol. mali, & mei. except. Fürstl. Württemberg. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 16. pag. 294. §. ult. & pag. 295. in princip. item Landsordnung/ pag. 38. §. & soll auch c. & pag. seq. §. Wo oder einiger / c. Tiraq. in tr. de retract. convent. §. 7. gl. 1. n. 3. & seq. Coras. lib. 3. miscellan. jur. civ. c. 3. n. 6. Gauer. d. disp. Basil. de jure retract. conclus. 54. lit. d. & conclus. 55. Enimverò si in fraudem 276 retrahentis factæ sunt impensæ nimis magnæ ac onerosæ, eas offerri necesse non est, arg. l. in fundo. 38. vers. finge pauperem. ff. de rei vind. l. sed an ultro. 10. §. 1. vers. quid enim. si eam Insulam fulsit. ff. negot. gestor. l. utilium. 8. ff. de impens. in res dotal. factis. & l. impensa. 79. §. 1. vers. quorum nomine onerari, & c. ff. de verb. significat. Chassan. ad consuetud. Burgund. rubr. 10. §. in verb. les fraiz. raisonnables. num. 2. & 3. Boër. decis. 470. Francisc. Mingon. ad consuetud. Andegavenses. t. de retract. lignag. artic. 378. num. 1. Tiraquell. d. §. 7. gl. 1. num. 5. Ioan. Garf. in tractat. de expens. & meliorat.

- meliorat.c.6.num.8. Berlich. d. part. 2. conclus. 41. num. 31.*
 277 *§ seqq.* Ideoq; ne per impensas retrahenti difficilior retractus reddatur: cautelam quidam tradunt, ut is quamprimum denunciaret emptori, ne sumptus in prædium emptum faciat: quia ipse illud retrahere cupiat, *arg. l. si fundum. 17. C. de rei vindicat. Alberic. de Rosat. in l. intra utile. 39. §. 1. ad finem. ff. de minor. Tiraquell. dicto loco, Gail. lib. 2. obs. 19. n. 10. D. Bocerius d. class. 3. disput. 22. thes. 63. ad lit. a.*
 278 Quod si retrahens verum precium, quanti res extraneo vendita sit, & quæ impensa factæ fuerint, ignoret: eo casu particularis oblatio, cum protestatione de reliquo etiam solvendo sufficit. *l. statu liber rationem §. 1. §. l. servus, si heredi 34. circa finem. ff. de statu liberis Gursil. Württemberg. erneuert Landrecht. d. part. 2. tit. 16. pag. 295. §. Und da der*
 279 *Lofer/zt. Boer. decis. 112. num. 2. in fine.* Mora quippe contrahi vel committi non potest, nisi debitum sit liquidum doctis Bald. in l. acceptam. 19. in 6. opposit. per gloss. ibi, in verb. cum usuris. Cod. de usuris. Angelo in l. si se non obtulit. 4. §. ait Prator. ff. de re judic. Fulgosio cons. 201. incip. domina. col. 2. Petro Anchor. cons. 235. vers. praterea, & c. & aliis, quos refert & sequitur Tiraquellus d. tract. de retract. lign. 280 §. 1. gloss. 19. num. 1. Cæterum si emptor oblatum precium cum sumptibus & impensis accipere recuset: retrahens operam dabit sedulo, ut pecunia ob signata rite deponatur, *l. si soluturus. 39. ff. de solution. l. ob signatione. 9. C. cod. Gursil. Württemberg. erneuert Landrecht/ d. t. 16. pag. 295. §. Wo aber der Käufer/zt. D. Bocer. d. disp. 22. th. 68. Hostiens. & Ioan. Andr. in c. constitutus 8. ext. de in integr. restit. Idq; post alios, quos citat, latius prosequitur Tiraquellus de retract. lign. §. 7. gloss. 3. n. 1. & seqq.* Prædicta porro requisita si à statuto, vel lege municipali exigantur: simul concurrere
 281 & adimpleri debent. Alias enim juri retractus locus esse nequit: quandoquidem euscemodi requisita pro formâ, quæ dat esse rei, retractui adjiciuntur: eaq; ad unguem non servatâ, actum corruere, aut vitiari, necesse est. *l. cum his, quibus. 8. §. si Prator. 17. ff. de transactionib. l. Julianus. 9. §. sed si quis 3. ff. ad exhibend. l. si is, qui quadringenta. 80. §. 1. ff. ad leg. Falcid. c. cum dilect. a. 22. §. fin. de rescriptis. c. venerabili. 37. de offic. & potest. iud. deleg. c. Pisanis. 19. de restitut. spoliat. c. quia propter. 13. de electione & electi potest. Gail. d. lib. 2. obs. 19. n. 15. & seq. D. Besold. part. 6. cons. 268. num. 7. & seqq. fol. 75.*
 282 Explicatis retractus solennibus requisitis, dispiciendum jam est de quaestionibus aliquot controversis, ad istam materiam maximè pertinentibus. Primum autem dubiæ & elegantis est quaestionis: utrum in datione in solutum locus sit retractui; putâ si prædium retractui subjectum, in solutum sit creditori pro debito pecuniario datum? Sunt, qui id simpliciter affirmant, Ioan. Faber in l. si prædium 4. C. de evictionib. Alberic. de Rosat. in l. si usum fructum. 23. ff. de liberali caus. Molinaus ad consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 13. gloss. §. n. 47. cum seq. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 10. §. 9. n. 6. & seqq. Tiraquell. de retract. Lignag. §. 1. gloss. 14. num. 2. 3. 7. 13. & 14. D. Bocerius class. 3. disput. 22. th. 45. ed. 2. Gaver. disp. Basil. de jure retract. conclus. 72. ad lit. b. & Morla in emporio jur. part. 1. tit. 6. q. 12. num. 2. Sunt qui negant, Speculat. in tit. de emptione & vendit. §. nunc dicendum. el. 2. vers. sed pone statutum, & c. Lucas à Penn. in l. 3. col. 2. C. de prædiis decurion. Francisc. Aretin. consil. 123. &
 283 Alexand. consil. 52. vol. 1. Non desunt item, qui inter dationem in solutum voluntariam, & necessariam distinguunt; considerantes, in solutum dationem dupliciter fieri posse. Vel enim sponte fit à partibus, ut in l. precii. 9. C. de rescind. vendit. l. eum, à quo. 16. C. de solutionib. & cum hæc venditionis vicem obtineat. *l. eleganter. 24. ff. de pignor. act. l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eat. d. l. si prædium. 4. Cod. de evictionib.* in eâ perinde, atque in venditione jus retractus locum habere ajunt. Vel fit à iudice, ut cum ex rebus debitoris una adjudicatur creditori pro quantitate debita. *l. à Divo Pio. 15. §. si pignora. ff. de re jud. l. ultim. Cod. de jure domini impetrand. & monitum supra num. 242.* & in hac jus retractus non procedere dicunt. Ioan. Plat. in l. 1. col. 2. vers. item est. C. de fundis patrimon. Matthæus de Afflict. in tract. de jure protimiseos. §. 3. num. 16. Fabian. de monte in tractat. de empt. & vendit. quaest. 3. princip. num. 46. Decius consil. 160. col. 2. Ferd. Loazes in repetit. l. filius familias. 114. §. divi. 11. num. 228. & 485. ff. de legat. 1. Bald. consil. 300. lib. 1. Roland. à Valle consil. 61. Corasius lib. 3. miscellan. jur. civ. cap. 3. num. 3. & noviter Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 68. Atque horum sententiam (quam & 284 ego probabiliorem verioremq; esse reor) confirmat; quod generaliter in jure traditum extat; quoties alienatio in legibus prohibetur. hoc de voluntariâ alienatione, non verò eâ, quæ ex necessitate fit, accipiendum esse. *l. Divus. 5. ff. de petit. hered. l. alienationes. 13. ff. famil. erciscund. l. 1. ff. de fundo dotali. l. peto. 69. §. 1. ff. de legat. 2.*
 Non obstat, quod constitutio siue consuetudo isthæc, 285 quâ jus retractus introductum & receptum est, odium continet: cum ad rescindendum contractum tendat: quem tamen partium consensu absolutum, ne quidem imperiali rescripto extingui oportet, *l. 3. Cod. de rescind. vendit. l. causas. 16. C. de transactionib.* Itaq; non extendi debet de venditione, quæ actus est voluntarius, ad dationem in solutum, actum scilicet necessarium, *arg. l. rem legatam. 18. ff. de adimen. vel transfer. legat. l. in quorum. 24. ff. de pign. & hypoth.* Non obstat, inquam. Quia consuetudo illa non modò ad contractus rescissionem non tendit: verum etiam eum approbat, & fulcit eo ipso, quod precium conventum à retrahente emptori solvi desiderat, ut supra circa tertium retractus requisitum exposuimus num. 263. Præterea in solutum datio, de quâ hic agitur, non actus necessarius, sed voluntarius censetur, tradente Corasio loco præallegato.
 Anceps quoq; & pulchra hæc quaestio est: an, si res non 286 vendita, sed donata sit, juri protimiseos locus relinquatur? Et (nihil remorante contrariâ opinione Corasii d. lib. 3. miscellan. jur. civ. cap. 3. num. 4.) frequentius rectiusque placuit, in donatione retractum locum sibi vindicare neutiquam posse. Idque argumento à simili, ex contractu emphyteutico ducto, probatur. Nam emphy- 287 teuta licet, domino irrequisito, rem emphyteuticam vendere nequeat. *l. ult. ibiq; Bartol. Bald. Salicet. Sichardus, & Dd. communiter. C. de jure emphyteut. donare tamen eam, domino invito potest. l. 1. C. de fundis patrimonialib. Iul. Clar. libr. 4. sentent. §. emphyteusis. quaest. 15. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 13. aliq; plurimi, ab his cumulati & explicatius docuimus in §. adeo 3. infra, de locat. & conduct. n. 315. & sequentibus.* Neque quempiam moveat, quod eadem ratio videtur in donatione, quæ in venditione: ne scilicet è familiâ res exeat. *l. voluntas 4. C. de fideicommissis cap. 1. §. donare. qual. olim poterat feud. alien. tit. 9. lib. 2. feudor. & quod 288 venditionis verbo donatio, omnisque alienatio continetur. l. statu liberi à ceteris. 29. §. fin. ff. de statu liber. Hoc enim verum est, si eadem subsit ratio Iason. in l. final. num. 65. C. de jur. emphyteut. huncque laudans D. Besold. in thesauro pract. lit. H. num. 7. pag. 453. At hîc in venditione & donatione diversam esse rationem, constat: quia ideo permittitur jus retrahendi rem venditam proximiori agnato: quod non interest venditoris, à quo precium habeat. Donatoris autem interest, potius amico donare propter bene merita, quàm consanguineo. Do- 289 natio quippe vel in benè meritos exercetur, vel in eos confertur, quos amore & favore prosequimur. *l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. l. vivus libertus 9. ff. si quid in fraud. patron. & c.* Et ita sentiunt, post alios, Chassanæus ad consuetud. Burgund. rubric. 10. §. 9. n. 12. Tiraquell. in tract. de retract. lignag. §. 25. gloss. 2. n. 1. D. Bocerius d. class. 3. disput. 22. th. 44. lit. a. ed. 2. & Bronchorst. cent. 1. miscell. controvers. assert. 68. circa finem. Illud sanè indubitatum & receptum est: quod 290 regulariter neq; in permutatione, neq; transactione, neque divisione, neque locatione, neque emphyteusi, neque feudo, neq; in pignoris datione ulli retractui locus esse possit; id quod, more suo, fusissimè explicat Tiraquellus d. tr. de retract. lign. §. 1. gloss. 14. num. 30. & seqq. n. 60. cum seqq. n. 76. cum seqq. D. Collega Bocerius d. disputat. 20. thes. 43. & 44. item Gaver. disp. Basil. de jure retr. concl. 74. & 76. Tametsi de istis casibus contrarium scripserit, sed citra sufficientem rationem, Ioan. Iacobus Plebst in disp. nov. antiquis Disp. 2. partis secunda, sub thes. 154. pag. 167. cum seq.
 Est & illa celebris & utilis quaestio: nunquid locus sit re- 291 tractui, si prædium retractui obnoxium unâ cum aliis prædiis sit venditum? Et locum esse, plures rationes evincunt.
 I. Quia*

- I. Quia cum aliquis res plures in contractum deduxit, in quantum una duntaxat jus aliquod habet, in ceteris non item: tum eam rem unam recte petit, licet ceteras petere non possit. *l. 1. §. sed si mihi Pamphilum 5. ff. de verb. oblig.*
- 292 II. Quia tot censentur contractus, quot res sunt sive corpora separata, quæ in contractum sunt deducta. *d. l. 1. §. sed si mihi l. scire debemus. 29. in princ. l. quod dicitur. 86. & l. pluribus. 140. in princ. ff. eod. tit. l. quia dicitur. 32. in princ. ff. de evictionib.*
- 293 III. Quia venditis pluribus rebus, quarum una Titii est, eam unam & solam Titius jure evincere potest, *arg. l. 1. l. bonitatis. 13. l. qui fundum. 45. l. si duos servos.*
- 294 47. & *l. si fundo. 53. ff. d. t.* IV. Quia tamen uno precio plura prædia sunt vendita: de singulis tamen empti & venditi agi potest, *respondente V. piano in l. et si uno. 33. ff. de act. emp. & vend.* Sic licet duæ res separatæ alicui sint commodatæ: attamen de alterâ tantum agi commodati potest. *l. in commodato. 17. §. duabus rebus. 4. ff. commodati.*
- 295 V. Accedit textus notabilis in *c. constitutus 8. ext. de in integr. restit.* ubi etsi illi, qui restituuntur in integrum, non poterant redimere partem suam à patre ipsorum consensu venditam: unde quantum ad istam partem, alio remedio iis providetur: tamen admittuntur ad retractum alterius partis vi consuetudinis: quamvis utraque pars eodem contractu & precio fuisset vendita, *ut ex textu colligere promptum est.* VI. Hæc traditio diserte confirmatur jure renovato Wirtembergico, *part. 2. tit. 16. pag. 289. §. Wir verordnen auch hiemit/ 26.* Et eadem amplexi sunt *Tiraquellus in tract. de retract. lignag. §. 23. gloss. 2. num. 1. 2. 3. & 6. & D. Bocerius class. 3. disp. 22. thes. 46. edit. 2.*
- 296 At quid pronuntiandum, si emptor omne, quod uno precio emit, retrahenti offerat, paratus recepto precio universum, quod emit, illi reddere: num tenebitur retrahens vel omnes res venditas retrahere, vel etiam fundum, retractus juri suppositum, cum ceteris rebus venditis empti relinquere? Et teneri retrahentem, vel totum retrahere, vel totum relinquere, intrepidè scribit *Tiraquellus d. §. 23. gl. 2. n. 7. ubi subdit. idem voluisse Guilielm. Cumensem & Albericum Rosatum in l. si duo patroni. ff. de jurejur.* Verum in contrarium esse veritatem, adeoque in ipsius retrahentis arbitrio illud positum esse, censent *Mattheus de Afflict. in tr. de jure protimiseos. §. 6. n. 6. & ante eum Baldus in eodem tr. col. pen. n. 20. vers. sed pone, quod quis, & c. hosq. referens D. Bocerius d. class. 3. disp. 22. thes. 47.* Et sanè non sine ratione ita censent. Cum enim fundum, retractui subjectum, etiam invito emptore, quispiam retrahere possit, *ut ante probatum:* nulla profectò causa est, cur ei hæc adimi potestas debeat eo solo, quod emptor illi totum, quod emit, offert; &
- 297 integrum ab illo vult recipere precium: quippe cum beneficium à jure alicui concessum, ei invito auferri nequeat. *c. indultum. 17. de reg. jur. in 6. nec alteri per alterum iniqua*
- 298 conditio inferenda sit. *l. non debet. 74. ff. de reg. jur.* neque sit in potestate alterius, conditionem meam nihil delinquentis deterorem facere, *auct. Venul. in l. 2. ff. quod vi, aut clam.*
- 299 Nihil juvat *Tiraquelli* opinionem textus in *l. tutor. 47. §. 1. ff. de minorib.* ubi *Scævola* respondit, eatenus rescindi venditionem fundi communis, quatenus fundus iste pro parte cum adolescente communis est; nisi si emptor à toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. Nam *Jurisconsultus* ibi aperte loquitur de fundo communi vendito, ut qui cum *Mævio* venditore, & *Sempronio* minori communis est, pro indiviso. In proposita autem questione agitur de fundo, qui solius venditoris fuit; juri tamen retractus obnoxius, suisque regionibus à ceteris prædiis simul venditis separatus. Præterea tractat illic *Jureconsultus* de casu, quo venditio fundi communis rescinditur. At per retractum non rescinditur venditio: sed salva manente ista venditione accedit ad eam alia quædam venditio, quæ sit invito priori emptore: siquidem is vel invitus fundum retrahenti revendereteneatur. Et in casu *d. l. tutor. 47. §. 1. ff. de minorib.* licet emptor à totius fundi emptione abire valeat: non tamen adolescenti minori, suam partem repetenti, venditoris quoque partem obtrudere potest: sed ipse venditor suam recipere partem tenetur, sicuti arguunt illa verba: *quod partem empturus non esset.*
- 300 Nihil idem subsidii adfert contrariæ traditioni textus in *l. communi. 7. §. si debitor. 13. vers. nam etsi partem. ff. com-*

muni divid. ubi emptor totam rem suscipere cogitur. Quod enim in specie illius legis emptor totum prædium sive fundum recipere necesse habet: in causa est, quod fundus iste pro indiviso venditoris, tempore venditionis fuit: ut proinde emptori etiam invito adjudicari totus potuisset ille fundus, si ante acceptum judicium venditor ei fundum tradidisset, & cum eo judicium hoc acceptum fuisset. *l. Iulianus. 13. §. idem Celsus. 17. vers. æquum est enim ff. de actionib. empti & vend.* Quod si verò fundus ille certis regionibus fuisset divisus: sine dubio emptor venditoris tantum partem suscipere teneretur, *d. l. Iulianus. 13. §. idem Celsus. vers. sed si certis regionibus. ff. eod.* Quare cum in nostro casu fundus, juri retractus suppositus, separatus & distinctus sit à ceteris prædiis, cum quibus simul uno precio venditus est: non dubitandum est amplius, quin is, cui jus retrahendi competit, illum solum retrahere, & ad se revocare possit. Atq. ita prædictos textus exaudit & explicat *D. Bocerius d. class. 3. disp. 22. th. 47. circa finem.*

Illam insuper quaestio dubitatione haud vacat: an jus pro-
timiseos sive retractus inveniat locum, si inter emptorem
& venditorem convenerit; ut, si quisquam retrahere cupiat, contractus nullus sit? Et locum non invenire jus
retractus hoc casu, invitis contrahentibus, si absque frau-
dis consilio pactum istud fuerit appositum, merito ritèque
concluditur. Tum quia venditio sub conditione fieri pot-
est, ita ut conditione illa non existente, contractus nullus
sit. *§. emptio tam sub conditione. 4. supra hoc tit. l. necessario*
& in pr. vers. quod si sub conditione. ff. de peric. & commod. rei
vend. Tum quia pactum hoc non multum differre videtur
à retrovenditionis pacto, quod jure permixtum est. *l. 2. Cod. de*
pact. inter empt. & vend. & c. Tum etiam quia *Javolenus J. C.*
Si hominem, ait, emisti; ut si aliqua conditio exitisset, inem-
ptus fieret: & is tibi traditus est: & postea conditio emptionem
resolvit: tempus, quo apud emptorem fuit, accedere vendi-
tori debere existimo: quoniam eo genere retrò acta vendi-
tio esset redhibitioni similis: in qua non dubito, tempus ejus,
qui redhibuerit, venditori accessurum: quoniam ea venditio
proprie dici non potest. l. si hominem. 19. ff. de usurpat. & usu-
cap. Ex quibus legis verbis decisionem propositæ quaestio-
nis petere non difficile est: ut tradit *Matthæus de Afflictis*
in tractat. de jure protimiseos. §. 6. n. 13. & Tiraquell. de re-
tract. lignag. §. 2. gloss. 2. n. 59. & seqq. Porro jus retractus de
rebus tantummodo soli vel immobilibus venditis regulari-
ter competere, sive illæ seculares sint, sive ecclesiasticæ (Ne-
que enim contra Ecclesiam retractus exercetur; sed contra
possessorem rei, quæ hoc onere affecta est: & res sola, atq;
possessor inspicitur, *arg. l. sed & si lege. 25. §. perinde. 8. ff. de*
hered. petit.) manifesto est manifestius *Gursil Wirtember-*
gisch erneuert Landrecht. part. 2. tit. 16. in princ. ibi, ein lie-
gend Gut erkaufft/ pag. 287. & §. von Marckslosungen/ ibi,
ein liegend Gut/ & c. pag. 291. D. Bocer. d. class. 3. disput. 22.
th. 19. & seqq. Plebst. d. disput. 2. partis secunda. th. 157. pag.
168. Ceterum quaeritur, utrum ex statuto vel consuetudi-
ne, quod quævè retractum in re immobili civibus vel inco-
lis concedit, locus etiam sit retractui, si quis civis aut inco-
la jus aliquod sibi competens, puta usumfructum, heredi-
tatem, decimas, annuum redditum, qui ex fundo aliquo
quotannis præstatur; vel simile jus, extraneo vendat?
Et retractui locum esse, merito statuitur. Jura siqui-
dem inter immobilia reputantur. *Clement. 1. §. cum q.*
annuus redditus. tit. de verbor. significat. l. jubemus nulli.
14. in princ. ibi, aut annonas civiles. C. de sacrosanct.
Eccles. tit. 1. in fine. ibi, aut in iis, qua inter immobilia
connumerantur. junct. tit. 20. in princ. ibi, de annua præ-
statione. lib. 2. feudor. Idque latius confirmant *D. Bocer-*
ius d. class. 3. disputat. 22. th. 23. cum seq. Plebst. d. disputat. 2.
th. 158. pag. 169. & Fridericus Martini in Commentar. de jure
censuum. cap. ult. num. 165. & seqq. Atque hanc quoque sen-
tentiam approbavit Facultas juridica in hac inclytâ Acade-
miâ Tubingensi, die 12. Januar. Anno 1625. Plures hoc lo-
co elegantes & utiles de jure retractus tractari possent qua-
stiones: quia verò eas ferè omnes, post *Tiraquellum* & re-
liquos Doctores, à se laudatos, nervosè & accuratè explicue-
runt *Dn. Collega Bocerius aliquoties allegatâ class. 3. disput.*
22. Joan. Jacobus Plebst. d. disputat. 22. thes. 153. cum
multis seqq. Bonaventura Gaver. disp. Basileens. 10. de jure
retra-

retrahendum &c. & Theodorus Reinkingk d. tract. de retrahendo consanguinitatis. ego, ne actum agere, aut soli facem addere videar, majore operâ in eadem conferendâ supersedeo.

- 307 Restat, ut de actionibus, ex hoc emptionis & venditionis contractu descendentes, videamus. Proficiscuntur autem ex eo actiones duæ: empti & venditi; Actio empti competit emptori, quâ experitur adversus venditorem, ut rem venditam, ejusq; possessionem vacuum, una cum fructibus, & omni causâ, à tempore contractûs perceptâ tradat. l. 2. l. 3. §. 1. l. ex empto. 11. §. 2. & passim. ff. de action. empt. & vend. l. fructus. 13. §. 1. pen. Cod. eod. latè Trentacinq.
- 309 var. resol. lib. 3. ref. 6. de empt. & vend. Cæterum vehemens inter Juris Interpretes pugna est: utrum ad dominii translationem necesse habeat venditor vacuum omnino & liberam possessionem rei venditæ præstare emptori? In negantium castra transeunt Accursius, Odofredus, Baldus, Angel. & alii communiter in l. 2. C. de acquir. & retinend. possess. Donellus lib. 4. Commentar. jur. civ. cap. 19. ibiq; Hillinger. in suis not. ad lit. c. Philipp. Matthaus in l. id, quod nostrum 11. num. 37. cum seqq. ff. de reg. jur. Hænonius disp. 16. controvers. 12. & novissime Hunnius disp. 4. th. ult. Affirmantium partes sequuntur Antonius Contius lib. 1. disp. jur. civil. c. 8. Hotoman. illustr. quest. 11. Mynsinger. cent. 1. observat. § 3. Wesenbec. in Paratit. ff. de contrah. empt. n. 13. Gæddens in l. habere. 188. ff. de verbor. signif. Bronchorst. cent. 3. évatio pavov. assert. 81. edit. 2. Anton. Matthaus in §. per traditionem 40. sup. de rer. divis. Forster. junior disp. 6. ad Institut. th. 31. Riemer. decal. 10. quest. illustr. 10. Bachovius in resolut. ad Trentler. vol. 2. disput. 20. th. 4. lit. D. & Petr. August. Morla, part. 1. emptori jur. tit. 9. quest. §. num. 4. & seq. Atque his quemadmodum accessi supra in d. §. per traditionem. 40. num. 21. & seq. de rer. divis. & c. ita & nunciisdem patrociniū meum polliceri non dubito, motus tum textibus expressis in d. l. 2. §. 1. & d. l. 3. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si pater. 8. C. eod. l. si stipulatus. 4. in princ. ff. de usur. l. cum fund. 18. ff. de vi & vi armat. l. si ager. 50. ff. de rei vindicat. l. traditio. 20. in fin. ff. de acquir. rer. dom. l. si stultas. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. l. non videtur. 22. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cum res. 12. C. de probationib. l. qui pradium. 13. C. de distract. pignor. & d. l. 2. C. de acquir. & retin. possess.
- 310 Tum quod quippiam tunc in potestatem domini rediisse dicendum est, cum possessionem ejus nactus sit justè, ut avelli non possit. l. sequitur. 4. §. tunc in potestate 12. ff. de usurpat. & usucap. l. mulieris. 13. §. 1. ff. de verb. signif.
- 311 Tum quod contractus rei, & asinina (quam vocant) detentio ad acquirendum dominium nihil valet, tradente Contio loco antè designato. Tum denique quod ex naturali possessione dominium cæpit. l. 1. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Proindeque illa præstanda est ei, in quem dominium transferri debet. At verò illam, nisi vacua sit, præstari non posse, perspicue constat: cum duo in solidum ejusdem rei veri possessores & domini esse nequeant. l. possideri. 3. §. ex plurimis. 4. cum §. seq. ff. d. tit. l. si, ut certo. §. §. si duobus. 15. ff. commodat. l. duo in solidum. 19. ff. de precario. Eaque de re pulchrè Cujac. libr. 9. observat. cap. 32. & 33. Borcholt. in Comment. de acquir. vel amitt. poss. c. 6. num. 18. cum seqq. Bronchorst. d. cent. 3. assert. 82. edit. 2. & Pet. Frid. Mindan. in tract. de causa & materiâ poss. c. 10.
- 414 Nec obstat huic sententiæ l. traditionibus. 20. C. de patris. & d. §. per traditionem. 40. supra de rer. divis. ubi per traditionem dominium rei acquiri dicitur: nec præter traditionem & voluntatem domini, rem suam in alium transferre volentis, quidquam exigitur. Traditur autem res, cuius corpus alteri apprehendendum & tenendum sine cujusquam impedimento datur, etiamsi in accipientem possessio vacua & plena non transferatur. Hoc, inquam, nihil obstat. Et si enim in d. §. 40. Imperator Justinianus simpliciter asserit, per traditionem jure naturali dominium acquiri: propterea tamen non negat, quin plura (quorum omnium ipse non meminit) concurrere necesse sit, ut per illam dominium valide transferatur. Nam non solum requiritur, ut tradens sit rei corporalis dominus, voluntasque domini ex justâ causâ transferendi adsit, de quibus disertè in d. §. 40. agitur: verum etiam necessarium est, ut vacua rei possessio tradatur, per d. l. qui pradium. 13. C. de distract.

pignor. d. l. cum res. 12. C. de probationib. d. l. si pater. 8. C. de actionib. empt. cum concordantibus præallegatis. Ideoque 315 quod uni juris loco deest, id ex aliis, rem plenius definiendis supplendum est, arg. l. non est novum. 26. & l. seq. ff. de legibus. Incivile quippe est, monente Celso: nisi toto juris volumine (quod pro unâ lege habetur) inspecto, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere. l. incivile. 24. ff. d. tit.

Similiter non obstat l. si, cum fundum. 68. §. ult. ff. de contrah. empt. ubi Proculus claris verbis respondit, esse ex empto actionem, non ut venditor vacuum possessionem tradat: cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit: sed ut, si quod dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus æstimaretur. Ex quibus verbis haud difficulter colligitur: absq; inductione in possessionem vacuum, dominium transferri in emptorem. Non, dico, lex ista obstat. Quia ex præmissis certo certius est; venditorem actione ex empto cogi ad tradendam emptori vacuum possessionem: proindeque dicendum, in casu illius legis venditorem jam tradidisse emptori vacuum possessionem rei venditæ: atq; adeo satisfecisse actioni & obligationi, quâ tenebatur: postea verò possessionem ab emptore amissam ad eum, qui vendiderat, rursus pervenisse: ac idcirco non potuisse agi actione ex empto ad hoc, ut possessio vacua, semel emptori tradita, iterum traderetur. Huncq; communem esse textum illius intellectum, testatur Morla d. part. 1. emptori jur. 1. 9. §. 5. n. 5.

Non obstat præterea l. si fundum. 16. ff. de fundo dotal. ubi Tryphonius J. C. docet, fundum à muliere viro in dotem 318 datum, quem alius bonâ fide possidebat, dotalem esse. Prædictum autem dotale illud duntaxat dicitur, cujus dominium marito quæsitum est. l. dotale 13. §. 2. ff. d. tit. Ergo in specie istius textus viro quæsitum fuit dominium fundi, absq; traditione vacuæ possessionis. Non obstat, ajo, lex isthac. Nam respondetur: ibi mulierem fundum, à Titio bonâ fide possessum, ut suum in dotem marito dedisse, id est, doti destinasse, vel instrumento dotali professam esse, se eum fundum in dotem dare: non autem corporaliter tradidisse. Nec etenim corporaliter tradere illum marito poterat: quippe cum ab alio, nimirum Titio detineretur. Ac quod mulier dicatur rem in dotem dare, quando destinat, se doti daturam, licet nec dum tradiderit, luculenter apparet ex l. si rem æstimatam. 14. & l. seq. ff. de jure dot. Quamvis igitur domini- 319 um fundi dotalis in maritum per traditionem non sit translatum: tamen actio ad illud vindicandum translata intelligitur. At qui actionem habet ad rem recuperandam; rem ipsam habere videtur. l. is, qui actionem. 15. ff. de reg. jur. Nec moverit, quod is actionem habere nequeat, cui eadem cessâ non proponatur. Tamen si enim in d. l. si fundum. 16. ff. de fundo dotal. de actionibus cessis ne unus quidem apex extat: attamen dotis dationem, cujus responsum istud nominatim meminit, habere vim cessionis actionum, credibile est: cum solenne & assiduum sit, ut mulier actionem vel nomen det in dotem: quod tunc facere intelligenda est, cum rem dare aut tradere non potest. l. nuptura. 57. l. cum post. 69. §. 1. & l. mulier bona. 72. ff. de jur. dot. Atq; hanc in- 320 terpretationem cum vitio careat, legibusq; pro nostrâ sententia superius cumulatis bellè conveniat, in dubio admittebam, planè existimo. l. in ambigua. 19. ff. de legib. c. cum expediat. 29. ext. de elect. in 6. Reliqua argumenta, quæ asserzioni nostræ opponi solent, pleraq; ita sunt comparata, ut responsione vix digna sint. Sed & eadem sufficienter refellunt Contius, Hotomanus & Bachovius, locis supra notatis: & iisdem etiam aliquâ ex parte responsum est supra ad pr. tit. de rer. divis. n. 17. & seqq. Vide quoq; de isthac quæstione noviter copiosè dissertantem Georgium Frantzium exercitat. jurid. 11. q. 2. pag. 345. & seqq.

Porro si res vitiosa à venditore emptori tradatur: siquidem de vitio certior factus, non fuisset empturus, agit ad redhibendum hoc quoque empti judicio: sin alius emis- 321 set, & uterque rei vitium ignorârit, quanto minoris emisset, vitio rei cognito, petet. Quod si verò vitium sciens venditor astutè celavit & reticuit: quicquid damni ejus fraude accidit, præstare emptori cogetur. l. 1. §. 1. l. ex empto. 11. §. redhibitionem. 3. l. Julianus. 13. in princ. l. si sterilis. 21. §. 1. & l. quæro. 39. ff. de actionib. empt. l. 1. & tot. tit. ff. de adilit. edit. &c. Mynsing. cent. 1. obs. 56.

- Donellus lib. 13. Commentar. de jure civ. c. 3. Cabotius*
 322 *lib. 2. disp. c. 25.* Ceterum si res non vitiosa, sed falsâ commendatione pluris justo vendita sit: in id agetur, ut quanto pluris res empta est, reddatur, *d. l. Iulianus. 13. §. si venditor. 4. ff. de actionib. empt. Paul. lib. 2. sentent. tit. 17. §. si ut servum. ibique Cujacius.* Nam & ea, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam non appareant, venditorem obligant: veluti si dicat, hominem literatum & artificem. Quod si palam fuerint: ut si dicat venditor, servum speciosum, aut domum bene ædificatam: licet hoc ipso pluris vendiderit: non tamen obligatur. *l. ea, qua 43. ff. de contrah. empt. gloss. in l. nec supina. 6. ad verbum, supina. ff. de juris & facti ignorant.*
- 323 Quid autem venditor in venditione equi præstare debeat, & quibus ex causis equus venditus redhiberi possit, tam de jure civili, quàm Saxonico, exponit Eberhardus Speckhan *cent. 1. q. 18. & D. Collega Beifold. in thesauro præct. lit. R. num. 46. pag. 703.* Eadem de re videatur Celsus *Bargal. in tract. de dolo lib. 4. c. 4. n. 21. ubi allegat. Alex. in l. si quis cum aliter. n. 23. ff. de verb. obligat. & Caballin. in tract. de adilit. actionib. c. 2. num. 24. cum seq.* Denique quidquid pactis comprehensum, in hoc empti iudicium venit. *l. pacta. 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1. cum seqq. & d. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. ibiq. in paratit. Wesenbec. n. 6.*
- 325 Econtrario actio venditi datur venditori, ad ea consequenda, quæ ipsi emptor ex æquo & bono præstare tenetur. *l. Iulianus. 13. §. ex vendito. 19. ff. de actionib. empt. l. 2. §. ult. ff. de obligat. & actionib.* Veniunt autem in hoc iudicium illa: imprimis pretium, quanti res venit: item usuræ pretii post diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur: æquissimum est: eum usuras pretii pendere. *d. l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de actionib. empt. l. curab.*
- 326 *C. cod. l. evictis. 18. in fine. ff. de usuris.* Sed controversitur inter Doctores: an emptor usuras pretii venditoriolvere sit compellendus, quando nullos fructus ex re venditâ, utpote sterili, percepit? Et compellendum esse, docuerunt Baldus *ad l. 2. C. de usur. Paul. Castrens. in d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt. Ioan. Anama in c. conquestus. 8. ext. de usur. Parisius consil. 60. num. 28. lib. 1. Gozadin. consil. 55. Ioan. Cephalus consil. 736. num. 26. lib. 5. Ioan. Petrus Surd. consil. 101. & alii ab his relati.* Contrarium verò probarunt Cynus & Salicetus *in l. in minorum. 3. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est. Corneus consil. 59. lib. 3. Cagnol. ad d. l. curabit. 5. num. 26. C. de act. empt. Ioan. Bapt. Lupus ibidem num. 141. Petrus Benintendus decis. Bononiens. 29. Natta consil. 417. & 494. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. c. 4. n. 3. & alii, quos refert & sequitur Fachineus lib. 2. controvers. jur. c. 31.* Atque horum sententiæ & ipse subscribo: cujus veritastum ex verbis, tum ex ratione *d. l. curabit. 5. Cod. de actionib. empt. conspicua redditur.* Ait enim lex expressè: emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit: partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere oportere. Ergo aliud dicendum est, cum fructus percipere non potuit. Ratio autem legis hæc est: quia cum fructus percipiat emptor: æquum est, eum usuras pretii pendere. *d. l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de act. empt.* Unde & alibi decretum legitur: iniquum esse, usuras ab eo exigere, qui fructus non percepisset. *l. liberal. tatis. 16. in fine. ff. de usur.* Neque enim satis est, emptorem rem habere: sed illud solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi, ut monet Ulpianus *in d. l. Iulianus. 13. §. possessionem. 21. ff. de actionib. empt.*
- 328 Ne hanc sententiam oppugnat textus *in l. 2. C. de usuris.* ubi ab Imp. Severo & Antonino simpliciter rescriptum est: emptorem, cui possessio rei tradita est, usuras æquitatis ratione præstare cogendum, si pretium venditori non obtulerit. Etenim quod ibi simpliciter rescribitur: emptorem ad usuras præstandas teneri: ex alijs legibus declarandum & supplendum est, nempe ut verum sit, ubi fructus percepit ex re emptâ, cujus possessionem nactus est, *argum. l. non est novum. 26. cum seq. ff. de leg. &c.*
- 329 At quid, si venditor non tradidit emptori rem liberam, ut tenebatur: vel fideiussorem, quem promisit, evictio-

nis nomine non dedit: num usurarum præstationi locus erit? Et locum esse (ut ut reclamant Baldus *ad l. 1. C. de bonis matern. Socin. sen. in consil. 88. num. 17. libr. 3. Parisius in c. cum venerabilis. 6. colum. 8. ext. de exceptionib. & Afflictus decis. 20. ad finem*) rectè deciderunt Alexand. *consil. 174. num. 4. lib. 5. Decius consil. 119. col. 3. Castrens. in l. 2. C. de usur. Cagnol. ad d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt. n. 31. Ioan. Baptista Lupus ibidem n. 142. Cephalus consil. 609. lib. 4. Covarruv. d. lib. 3. var. resolut. c. 4. n. 6. vers. duodecimò hinc deducitur, &c. eosq. citans Fachineus d. lib. 2. controvers. jur. c. 31. vers. altera est controversia, &c.* Cujus decisionis fundamentum haud infirmum positum est *in d. l. Iulianus. 13. §. possessionem 21. ff. de actionib. empt. ubi hæc leguntur verba: Possessionem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.* Quibus verbis conclusio isthæc satis manifestè comprobatur. Tum quia precaria possessio, non est libera possessio: & tamen emptor usuras præstare cogitur. Tum quia emptor in propositâ quæstione facultatem fructus percipiendi habet. Ergo usurasolvere tenetur; tametsi venditor pro suâ parte contractum non adimpleverit. Atque ita hoc casu usurarum præstatio non ex morâ emptoris procedit: sed potius ex æquitate illâ; ne re & pretio quis fruatur: proindeque si emptor fructus perceperit, usuras pro fructuum perceptorum ratione pendere necesse habet. *d. l. Iulianus. 13. §. veniunt. 20. ff. de actionib. empt. d. l. curabit. 5. C. eodem.*

Dubitatur quoque valde de istâ quæstione: ecquid justè, & absque labe sive crimine usuræ, venditor convenire cum emptore possit: ut, donec pretium rei venditæ, putâ prædii, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur? Et licet hanc conventionem, tanquam fœneratitiam, damnent Decius *consil. 116. 119. & 183. Socin. sen. consil. 130. libr. 4. Cravetta consil. 189. vers. tertius est casus. Cephalus consil. 290. lib. 2. Francis. Marcus decis. 891. & nonnulli alii:* attamen probabilior eorum videtur sententia, qui ejusmodi conventionem & pactum sine usuræ crimine fieri posse statuunt; si modò usuræ taxatæ quantitas quantitatem fructuum, qui verisimiliter ex re venditâ percipi possunt; non excedat. Ejusque ratio est perspicua: quoniam si nullâ dilatione ad solvendum datâ, emptor usuras præstare tenetur ex æquitate. *d. l. curabit. 5. C. de actionib. empt. nihil profectò impedire debet, quin id ipsum, quod lex probat & constituit, in conventionem pactumque deduci queat. Ita sentiunt, post plures alios, quos citat, Covarruv. d. l. 3. variar. resolut. c. 4. n. 5. & Fachineus d. l. 2. controvers. jur. cap. 31. vers. verum istis non obstantibus, &c.*

Huic traditioni non refragatur; quòd, ubi ad solvendam sortem debitam concessa est debitori dilatio, is non teneatur ad usuras præstandas: cum in nullâ, neque regulari, neq; irregulari (uti loquuntur) morâ constituatur, *per text. in l. lecta. 40. vers. sed cum sortis. ff. de reb. cred. si cert. pet. ac proinde injusta videatur ea conventio, quæ illum ad usurarum præstationem obligat, cum ipso jure non teneatur. Nam breviter respondetur: usuras in præsentit hemate deberi ac præstandas esse non ex morâ, sed ex conventionem: quæ non pugnat cum lege, sed cum eadem concordat. Sic nihil ad rem facit, quòd nemo absque usuræ labe possit rem cariore pretio vendere, ob concessam dilationem ad solvendum pretium. c. in civitate. 6. ext. de usuris.* In nostro autem casu venditor, exigendo annum censum seu pensionem, carius vendere videatur. Etenim dicendum: venditorem in proposita specie carius rem nequaquam vendere: sed usuras, pro ratione fructuum ab emptore perceptorum, consequi. Id quod æqualitas justitiæ commutativæ omnino suadet ac postulat, docente Fachineo dicto loco, ubi & quibusdam alijs objectionibus satisfacit.

Tandem agit venditor, ut merces sive res emptas aut emptor tollat, aut id, quod interest, præstet *l. 1. §. licet. 3. ff. de peric. & commod. rei vendit.* item ut, quicquid aut ex naturâ contractûs debetur, aut nominatim dictum conventumque fuit, expleat. *l. sed Celsus. 6. §. 1. l. pacta. 72. ff. de contrah. empt. l. tenetur. 6. §. 1. & sape allegata*

l. Julianus. 13. §. ex vendito. 19. & aliquot §§. seqq. ff. de actionib. empt. & ibidem in Paratit. Wesenbecius n. 8. & 9. ubi quâ ratione & formâ utraq. tam empti, quam venditi actio proponenda sit, eleganter declarat. Atque de istis etiam, similibusque actionibus, putâ redhibitoriâ, & quanto minoris, & æstimatoriâ, ex professo agit Johannes Oldendorpius class. 4. act. 1. & seqq. nec non Molinæus ad tit. Cod. de edilitiis actionib. pag. 207. cum seqq.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

TITULUS XXV.

Principium Tit.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de precio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit: & competit locatori quidem locati actio; conductori verò conducti.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis & æconomia tituli.
- 2 Locare quid, & unde.
- 3 Locationis & conductionis definitio.
- 4 Eiusdem definitionis explicatio.
- 5 Obligationes ex jure gentium introductæ.
- 6 Locatio cur dicatur contractus bona fidei.
- 7 Qua ad locationis & conductionis perfectionem necessaria: & n. 12.
- 8 Quæ res locari possint: & n. 29.
- 9 Merces unde, & quid dicatur.
- 10 Locatio quomodo differat à commodato & precario.
- 11 Merces in locatione, an in futurum contrahentium arbitrium conferri possit.
- 12 Locationis substantialia quæ.
- 13 Locatio & conductio quotuplex.
- 14 Rei locatio & conductio quæ: & in eâ quis locator, quis item conductor perhibeatur.
- 15 Facti locatio & conductio quid sit.
- 16 In eâ quis locator & conductor censeatur.
- 17 Locatio & conductio quomodo perficiatur.
- 18 Quatenus eadem tacite renovata intelligatur, tam in urbanis, quam rusticis prædiis.
- 19 Ratio differentia inter prædia rustica & urbana.
- 20 Locationis renovatio præsumitur facta cum omnibus qualitatibus præcedentis contractus.
- 21 Si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intra quinquennium, & eum ad illud tempus conduxerit; deinde finito tempore, in conductione manserit, an tempus redimendi prorogatum esse videatur.
- 22 Quoties obligationi certum tempus præfinitur, si post tempus agatur, exceptio obstat.
- 23 Intellectus l. item queritur. 13. §. ult. ff. locati.
- 24 Sententia. l. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt.
- 25 Consideratio l. lætæ 40. ff. de reb. credit. si cert. pet.
- 26 Locare & conducere qui valeant.
- 27 Milites cur locare prohibeantur.
- 28 Quatenus curiales conducere vetentur.
- 29 Res omnes, in commercio existentes, locari possunt.
- 30 Quæ servitutes locari queant.
- 31 Personalia personam non egrediuntur.
- 32 Majoratus possessor quatenus rem majoratus locare possit.
- 33 Vasallo an liceat locare fundum feudalem.
- 34 Locatoris jure perempto, perimitur & jus conductoris.
- 35 Ius patronatus per se locari nequit.
- 36 Opera an & quatenus locentur.
- 37 Nunquid liber homo suas operas in perpetuum possit locare.
- 38 Conventio, aliquem servum faciens, non valet.
- 39 Conducens medicum, Advocatum, notarium, & similes, tenetur eis ad victum, etiam in eundo & redeundo.
- 40 Locationis & conductionis appellatio promiscuè usurpatur pro toto contractu.
- 41 Emptio & conductio sunt similes.
- 42 Merces sæpe appellatur precium.
- 43 Locati actio cui, adversus quem & ad quid competat,

- 44 Num equus conductus præsumatur mortuus conductoris culpa, an morte naturali.
- 45 Dolus allegans, eum probare tenetur.
- 46 An & quatenus conductor adium de incendio teneatur.
- 47 Merces quando solvenda.
- 48 Conductor ante tempus deferens habitationem aut fundum, an & quatenus mercedis nomine conveniri possit.
- 49 Si pluribus Studiosis habitatio si locata, & unus eorum, non soluta mercedis parte, illam deserat, reliqui integram pensionem solvere non tenentur.
- 50 Operas suas locans, quatenus totius temporis mercedem accipere debeat.
- 51 Doctor seu Professor, iustam ob causam non legens, nihilominus totum salarium petere potest.
- 52 Professore vel Advocato in exordio anni locationis moriente, integrum salarium heredibus ejus debetur.
- 53 Famulus iustâ causa impeditus, quò minus officium suum fecerit, integram mercedem petere poterit.
- 54 Quatenus id, quod ob causam datum est, eâ causâ non secutâ, repeti possit.
- 55 Cui damus actionem ad repetendum, ei multò facilius damna exceptionem ad retinendum.
- 56 Quo tempore artifex mercedem promissam petere queat, distinctione declaratur.
- 57 Emptor quando precium venditori dare teneatur.
- 58 Quis non censeatur fecisse opus.
- 59 Stipulatio, opus fieri, individua.
- 60 Famuli, ancilla, operarii, &c. ante finitum locationis tempus sine iustâ causa discedentes, puniendi.
- 61 Merces quando ante perfectum opus solvenda.
- 62 Quo casu artifex locatori interesse præstare cogatur.
- 63 Si plures opus faciendum conduxerunt, quatenus locatori sint obligari.
- 64 Quibus casibus locator possit expellere conductorem, etiam ante finitum locationis tempus.
- 65 Mens & explicatio l. si duo. 3. §. 3. ff. uti possidetis.
- 66 Conductor male in re versans, integram pensionem locatori præstare compellitur.
- 67 Sententia auth. qui rem. C. de SS. Eccles.
- 68 Locator non debet locupletari cum damno conductoris.
- 69 Damnum, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non videtur.
- 70 Locator damna sibi data quibus actionibus persequi possit.
- 71 An conductor, ob non solutam unius anni pensionem, statim expelli possit.
- 72 Sermo simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur.
- 73 Pactum, de conductore non expellendo, quomodo intelligendum.
- 74 Consideratio l. quaro. 54. §. 1. ff. locati.
- 75 Verba enunciativa nihil disponunt.
- 76 Sensus l. cum domini. 56. ff. locati.
- 77 Detegere res alienas, durum & inhumanum est.
- 78 Colonus vel inquilinus probans, se solvisse pensionem tribus proximis annis, fundatam intentionem habere, quod & retro solvisse præsumatur.
- 79 Conducti actio cui, contra quem, & ad quid datur.
- 80 An & quatenus conductori merces ob rei locata interitum vel sterilitatem, & similes causas remittenda.
- 81 Si immodica ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodo pensetur: etiam pro anno sterili integra pensio exigere potest.
- 82 An & quatenus Inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit.
- 83 Merces pro rei usu dari solet.
- 84 Ecquid conductor, propter spectra & illusiones nocturnas, iustam emigrandi causam habeat.
- 85 Conductor istis casibus emigrare volens, quid facere teneatur.
- 86 Impensa, in rem locatam facta, an conductori restituenda.
- 87 Num conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causa factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem sunt facti.
- 88 Respondetur ad objectionem.
- 89 Conductor ad quæ facienda obligetur.
- 90 Ad aliam objectionem respondetur.
- 91 Num conductor collectas & tributa solvere teneatur.
- 92 Quis pedagium solvere debeat: conductor, vel locator.

Ratio ordinis ex principio hujus tituli (cui responder titulus ff. locati-conducti. & tit. C. de locato, & conducto. item titulus ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur. & tit. C. de jure emphyteutico) efflorescit & constat. In eo autem Justinianus Imp. duas contractus species, Locationem & Emphyteusin, ob maximam sui inter se similitudinem ac familiaritatem, simul proponit. Et hoc quidem loco de illâ sermonem instituit: hanc verò infra in §. ad eò autem. 3. persequitur. Ceterum antequam ad hujus principii explicationem propius accedam: breviter definitionem & divisionem locationis & conductionis, nec non alia quædam, ad pleniorē hujus materiæ cognitionem spectantia, præmittam locationis vocabulum, à loco sic est dictum, quasi Locare propriè sit,

aliquid in loco ponere: locus, ubi quid locatum esse potest; & locarium, quod datur in stabulo & tabernâ, ubi consistant. Atque inde videtur locatio fundorum & ædium dicta: quod in his certâ mercede datur facultas consistendi & habitandi tanquam in suo, ut ex Varrone *lib. 4. de ling. Lat. & Connano lib. 7. Comment. jur. civ. c. 11 n. 1. fol. 750.* docet Petrus Augustinus Morla, Valent. in *Emporio utriusq. juris part. 1. tit. 10. de locato. in præmissis n. 2.*

Locatio autem & conductio est contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis, pro mercede certâ, confestim definitâ, alteri ab altero concedendis. Hanc definitionem hand obscure approbat Philippus Knipschildt. *exercitat. Acad. 9. th. 3. pag. 306.* Hujus definitionis membra paucis confirmanda atque explicanda sunt. Dico, locatio & conductio est contractus juris gentium. Quia Hermogenianus Jurisconsultus, in *l. ex hoc jure. §. ff. de just. & jur. diserte scribit; emptiones, venditiones, locationes, conductiones, & cæteras obligationes (quibusdam exceptis) ex jure gentium esse introductas.* Cui ad stipulatur Paulus in *l. 1. ff. locati conducti.* qui in hæc verba respondit. *Locatio & conductio, cum naturalis sit, & omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur.* Ajo, nominatus: quoniam certum & proprium nomen habet. *l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. §. item emptio. 2. in fin. ff. de rerum permutat.* Addo, bonæ fidei, motus argumento §. action. autem. 28. *infr. de actionib. & l. cum venderem. 21. ff. locati.* Ideo verò bonæ fidei appellatur: quia alter alteri non in id solum est condemnandus, quod in contractum nominatim deductum est, & in libello conventionis expresse petitum; sed etiam in omne id, quod insuper præstari æquum & bonum est. §. in bonæ fidei. 30. *infr. de actionib.* Sanè rursus Domino Collegæ Bocero hic *num. 14. pag. 403.* displicent in proposita definitione hæc verba: *juris gentium, nominatus, bonæ fidei:* eaque ceu superflua averruncanda censet. Verum quoniam ad hæc ineptias jam supra aliquoties responsum est: actum agere nolo. Appono, solo consensu initus. Etenim locatio & conductio ad sui perfectionem & constitutionem, neque continuò rei traditionem, neque verba, neque literas desiderat: sed solo nudoque consensu de aliqua re contenta est. *dict. l. 1. & l. qui ad certum. 14. ff. eod. l. 2. ff. de obligation. & action. tot. tit. §. de obligationibus, ex consensu. l. contractus. 24. Cod. de locato & conduct.* Adjicio, de rei alicujus usu, vel fructu, vel hominis operis. Nam hæc omnia locari possunt: & usus quidem in domo, *l. si tibi habitationem. 5. l. si quis domum. 9. in princ. l. si merces. 25. §. 1. ibi, fundum fruendum, vel habitation. ff. locati: fructus in fundo, l. ex conducto. 15. §. cum quid. de fructuum. §. 1. l. si in lege. 24. §. colon. 4. l. si fundus. 33. ibi, ut mihi frui liceat. ff. eod. l. nemo. 6. C. de locato. l. 1. in princ. ibi, fruendum alicui legavit, & §. 1. ibi, qui id fruendum conduxit. ff. de loco publ. fruendo. l. 1. in princip. ff. de superficieb. operæ in homine locantur: *l. item quaritur. 13. §. 1. & seqq. l. in operis. 26. l. qui operas. 38. ff. locati.* Subdo, pro mercede certâ. Quandoquidem sine certâ mercede (quæ dicitur à merendo & ære, teste M. T. Varrone *d. lib. 4. & 7. de ling. Latina, estque merces id, quod datur pro usu aut operâ rei vel personæ: proinde ad pecuniam & res mobiles tantum refertur. l. mercis. 66. ff. de verb. signif. W. senbec. hic num. 2.*) locatio non contrahitur. *l. si vir uxori. §. 2. in princ. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. si convenerit. 23. ff. commun. divid. l. sicut emptio. 20. §. 1. l. & hæc distinctio. 35. §. 1. ibi, certo precio. ff. locat. l. licet. 8. ibi, certis annuis quantitatibus. C. de locato.* Et propter certam mercedem differt locatio à commodato, & precario: in quibus, nullâ mercede certâ interveniente, res gratuitò alicui utenda concedi solet. §. item is cui §. si quib. modis re contrah. obligat. lib. 1. ff. de precario. Cæterum Dn. Collega Bocerus hic *num. 20. p. 404.* ineptum esse dicit, & minimè logicum; verbis hæc, certâ mercede, distinguere locationem-conductionem à commodato, & precario. At valde inconsideratè hoc dicit & scribit: nec animadvertit, ipsum Ulpianum Jurisconsultum ita distinguere locationem conductionem à*

commodato: *l. si, ut certo. §. 5. rem tibi dedi. 12. ff. commodat. r.* Neque obstat, quod toto genere hi contractus à se invicem differant. Nam etiam depositum toto genere differt à locatione-conductione: & tamen Ulpianus ait, si balneari vestimenta servanda sint data; mercede quidem interveniente, locationem conductionem; nullâ verò interveniente, depositum esse. *l. 1. §. si vestimenta. 8. ff. depositi.* Proinde cum ipse Ulpianus Jurisconsultus mercedis intervenitu distinguat locationem-conductionem à commodato; itemque à deposito: ineptum utique oportet esse eum, qui hanc differentiam ineptam vocare audeat. Denique subjungo, confestim definitâ. Cum enim in futurum contrahentium arbitrium merces confertur: non est locatio & conductio, sed contractus innominatus; unde præscriptis verbis actio nascitur, *l. si tibi. 22. ibi, protinus aut data, aut constituta sit merces. ff. de præscript. verb. §. 1. ibi, nullâ statim mercede constituta. infr. hoc tit. Dn. Collega Bocer. in hoc tit. n. 29. p. 405. & in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 92. edit. 2. Augustinus Morla in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. in præmissis. n. 7.* Porro ex hac definitione, ita succinctè expositâ, colligere promptum est: tria ad hujus contractus substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Quod tamen cum grano salis accipiendum est; nempe ad substantiam locationis-conductionis etiam mercedem & rem sive operam desiderari, non ut mercedem solvi, rem tradi, operamvè præstari necessum sit, quò substantiam capiat locatio: sed quò de his præstandis convenire & consentire oporteat, *arg. d. l. 2. ff. de oblig. & act. & d. tit. supr. de oblig. ex consensu.* Præstatio igitur horum non ad perfectionem, sed ad consummationem locationis spectat: nec requiritur ad ejus substantiam, sed ad vim potius & effectum. Verum videantur Eguinarius Baro hic, Schneidervin. *n. 4. & Heigius n. 6. Vincent. Coracius in tract. locati & conduct. part. 1. tit. 2. n. 1. Mozzius in tr. de locat. & conduct. tit. de substantialib. locat. & conduct.*

Locatio & conductio est duplex: alia rei, alia facti, rei locatio & conductio est: si res, veluti fundus, domus, jumentum, vestimentum, alicui fruendum vel utendum detur. Quo casu locator is perhibetur, qui rem dat: conductor autem, qui rem utendam fruendamve accipit. *l. si quis. 9. in princ. & §. 1. cum l. seq. l. ex conducto. 15. in princ. l. sed addes. 19. §. si dominus. l. si in lege. 24. §. 1. ff. locati §. adeò autem. 3. infr. hoc tit.* Quòd si res soli est: in agro quidem colonus, in ædibus inquilinus vocatur, *l. res pignoris. 37. ff. de acquir. vel amitt. poss. d. l. ex conducto. 15. §. 2. d. l. sed addes. 19. §. 2. & §. si inquilinus. 4. d. l. si in lege. 24. §. 1. & 4. l. si merces. 25. §. conduct. l. si fundus. 33. ff. locati. l. 2. in fin. & l. 4. ff. de usu & habuat.* Facti locatio & conductio est; qua agitur, ut unus operam suam alteri in re, vel persona ejus præstet. In re quidem illius: veluti ut ipsius tabulam pingat, ut in area ejus insulam ædificet, ut ex auro ipsius vas aut annulum conficiat. *l. Sabinus. 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. 2. in fin. ff. locati. l. natural. §. 2. ff. de præscript. verb. §. item quaritur. 4. infr. h. t. in persona verò ejus; ut si nautæ, vel aurigæ se det vehendum. dict. l. sed addes. 19. §. si quis mulierem. 7. ff. locati.* Hoc casu quis locator, quis conductor censeatur, controversitur? Ego, non attentis aliorum altercationibus (de quibus videantur Cujacius *lib. 2. observation. c. 28. Robert. lib. 1. animadvert. jur. civil. c. 10. & in Notis ad Mercat. lib. 1. c. 10. Borholt. in Commentar. de pact. c. ult. n. 18. & seq. Vultejus hic n. 6. & 7. Donell. lib. 13. Commentar. de jure civil. c. 6. p. 151. ad fin. Timæus Faber disp. anniverf. 24. ad Instit. Imperiales th. 5. sub lit. e. Olemannus ad lib. 3. disp. jur. civ. Instit. Giph. Dis. 29. n. 6. & 7. & novissime Frantzkius exercit. jurid. 11. q. 4. p. 354) putaverim, eum esse locatorem; qui inchoat contractum, seque alii prius ultro obtulit: conductorem, cui quid faciendum aliquis ultro obtulit, & qui placitum offerentis suscepit, *arg. Inscript hujus tit. de loc. & conduct. & Rubr. ff. & C. loc. conduct. ubi locati & locationis nomina præponuntur: conducti verò & conductionis, postponuntur; & arg. l. item quer. 13. §. 1. & seq. d. l. si merces. 25. §. qui columnam. 7. l. opus 36. & l. qui**

operas. 38. ff. locati. Proinde si artifex primò offerat operas suas; dicitur locator, & operas suas locare: alter vero conductor, & artificis operas conducere dicitur. Sin alter artificem adeat, & ab eo quid fieri sibi pro mercede petat; dicitur locare operas, artifex autem conducere. Idque uberius declarant Dn. Collega Bocer. in hoc. tit. n. 34. pag. 406. item in præallegato Commentar. ad l. contractus. 23. c. 4. n. 94. ff. de regul. jur. & class. 2. Disput. 4. thes. 6. ad lit. H. edit. 2. Hunnius lib. 3. variar. resoluit. jur. civ. tract. 7. part. 2. q. 1. Jacob. Schegk. in delib. jur. Disput. 18. thes. 47. lit. B. & Matthias Stephani cent. 3. quest. 72. Adde Richterum in tract. de contractibus. disp. 10. thes. 2. sub lit. f. p. 308. nec non D. Besoldum in delibatis juris ex lib. 19. ff. q. 2. p. 29. ubi subiicit, simpliciter & planè in praxi conductorem haberi, qui pecuniam dat: locatorem, cui datur.

17 Perficitur hic contractus non solum consensu expresso, sed etiam tacito. Expresso quidem, ut si tractatus nominatim de re, vel opera locandâ, inter partes habeatur: tacito verò, si sine tractatu habito conductor in re sibi locatâ, tempore conductionis impleto sive elapso, domino non reluctante, persistat. l. item queritur. 13. §. qui impleto. 11. cum l. seq. ff. locati, & l. legem. 16. ubi Gothofred. C. de locato. Sursil. Würtemb. ernewert Landrecht. part. 2. tit. 17. von verleiung und bestandt der Güter. §. Wann einer pag. 297. Quod idem de Officialibus & famulis pronuntiandum esse, testatur Petrus Franciscus Linglois ad quinquaginta decisiones Iustiniani. fol. 57. huncq. laudans D. Besold. in dd. delib. jur. ex lib. 19. ff. q. 6. in fine. p. 35. Et tacitè censetur renovata locatio & conductio, in prædiis urbanis, prout conductor antè habitavit; hoc est, si annum vel mensem habitavit: tantum pro eo tempore reconductio facta præsumitur: in rusticis autem prædiis annalis duntaxat reconductio indulgeri conductori creditur, tamen si prima conductio majoris temporis fuerit: putà, si prius quis agrum vel horreum conduxisset in quinquennium; non videtur ex patientiâ renovata conductio in aliud quinquennium, sed in eum solummodo annum, qui sequitur. dict. l. item queritur. 13. §. ult. ff. locati. Vultejus hic n. 12. & Heigius in §. conductor. §. n. 2. infr. hoc tit. Ruinus consil. 107. n. 6. vol. 4. & consil. 62. n. 9. vol. 1. Surdus decis. 33. n. 11. huncque citans Ioan. Baptista Costa centur. 1. distinct. 2. n. 11.

18 19 fol. 313. Ratio differentiarum hæc redditur: quia fructus rustici prædii certâ tantum anni parte, adeoque uno tempore; urbani verò, qualibet anni parte percipiuntur. Gloss. & Bartol. n. 10. in d. §. ult. & Baldus in d. l. legem. 16. C. de locato. Alexand. consil. 28. in fin. vol. 4. Socin. consil. 17. num. 1. vol. 3. Borojus consil. 152. num. 12. vol. 1. & consil. 193. num. 28. Surd. decis. 33. num. 11. hosq. referens Acacius Ant. de Ripoll. variar. juris resolution. c. 12. num. 153. & seq. fol. 394. Hinc inter cætera infert Bartolus citato loco: quòd si esset prædium rusticum, ex quo non perciperentur fructus, nisi de quinquennio; in quinquennium censeretur facta reconductio. Item si esset prædium rusticum, ex quo bis in anno perciperentur fructus: sicuti contingit in prædiis Egypti, auctore Plinio lib. 3. natural. histor. cap. 20. tunc solum in sex menses reconductio facta præsumeretur. Hancque sententiam recenset & probat Menochius in tractat. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 85. num. 8. & 9. Ac sanè locatio- nis renovatio impleto tempore conductionis, conductore adhuc in possessione permanente, præsumitur facta cum omnibus qualitatibus & conditionibus præcedentis contractus, & consequenter cum eisdem pignoribus, (non tamen iisdem fidejussoribus) pœnis, renunciationibus, & clausulis. d. l. item queritur. 13. §. ult. ibi, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur, durare obligata. ff. locati. & d. l. legem. 16. ibiq. Bald. C. de locato. Barbat. consil. 14. num. 7. vers. capio nunc ultimum. vol. 2. Ruinus consil. 78. n. 5. vol. 1. Alciat. in tr. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 17. n. 5. Boër. decis. 284. n. 14. Cravetta consil. 87. num. 3. lib. 1. Bursat. consil. 220. n. 21. & 31. vol. 2. Masc. de probationib. vol. 2. concl. 992. n. 3. & 6. ubi plures adducit. Adde Doctorem Martam tom. 3. Digestorum novissimor. tit. locatio. c. 28. & seqq. fol. 215.

& Petrum Franciscum Linglois decis. §. quest. 4. fol. 57.

Unde dubitatur: si quis vendiderit agrum cum pacto²¹ redimendi intra quinquennium, & ad id tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit; utrum tempus redimendi prorogatum esse censeatur? Et verius est, in propositâ specie locationem quidem renovatam videri: sed non pactum redimendi ad longius tempus prorogatum censi. Quoties enim obligatio²² ni certum tempus est constitutum, si post tempus agatur, exceptio obstat. l. eum, qui ita stipulatur. § 6. §. qui ita 4. ff. de verb. oblig. Igitur cum venditor stipulatus fuerit, sibi jus ac potestatem redimendi intra quinquennium concedi; elapso quinquennio, redimere volenti exceptio obstat.

Nec refragatur sæpè allegata l. item queritur. 13. §. ult. 23 ibi, sed etiam pignora videntur durare obligata. ff. locati. Nam loquitur de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus: ita ut renovatâ locatione, renovatæ etiam intelligantur cæteræ obligationes, quæ ipsam locationem comitantur.

Nec item quicquam movet, quòd istiusmodi pactum²⁴ videatur esse pars precii. leg. fundi partem. 79. ff. de contrah. empt. Quia censetur esse pars precii, secundum tempus conventioni adjectum. Ideoq; tempore conventionis elapso; ille, qui vendidit, meritò redimendi facultate privatur.

Similiter nihil obest l. lecta. 40. ff. de reb. credit. si²⁵ cert. per. ex quâ colligitur, quòd temporis prorogatio censeatur facta cum iisdem qualitatibus. Hoc siquidem conceditur de qualitatibus locationis: sed pactum redimendi non est huiusmodi qualitas, ad locationem pertinens. Et hanc sententiam respondendo tenuit Alexand. (sibi contrarius in consil. 28. in fin. vol. 4.) in consil. 76. vol. 5. Gozadin. ad l. 2. de resc. vend. q. 31. Cagnol. ibidem. q. 58. hosq. referens Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 83. & horum nominibus suppressi: D. Hunnius in suis resol. ad Trentler. vol. 1. disp. 29. th. 4. lit. f. q. 13. p. 1767. Porro quando conductor reconduxisse præsumatur rem conductam, pluribus ampliationibus & limitationibus diligenter & egregie declarant Menochius d. l. 3. præsumpt. 85. Mascardus d. conclus. 992. vol. 2. & Vincent. Caroc. in tr. loc. & conduct. part. 2. tit. de renovat. loc. p. 207. & seq.

Locare autem & conducere, adeoque consensum inter²⁶ ponere possunt omnes, qui non prohibentur. Prohiben²⁷ tur verò imprimis milites: ne, omisso armorum usu, ad opus rurestre se conferant, & vicinis graves præsumptione cinguli militaris existant. Armis siquidem non privatis negociis, occupari debent, numeris & signis suis jugiter inhærentes, Remque publicam, à quâ aluntur, ab omni bellorum necessitate defendentes. l. milites. 31. & l. fin. Cod. de locato & cond. ibiq. in sua summâ Azonum. 4. Quamvis stabulum pro equis, ut & alia sui usus gratiâ, conducere non vetentur, ut tradit Mozzius in tractat. de locat. & conduct. tit. de his, qui possunt locare & conduc. num. 3. allegans gloss. in d. l. milites. 31. & in d. l. fin. C. eod. itemque Salicet. in summâ ejusdem tit. Præterea cu²⁸ riales si res alienas conduxerint: nulla obligatio ex huiusmodi contractu competit, l. curialis. 30. C. de locato. l. decurio. 4. ff. de decurionib. nisi forte domum, cum propriam non habeant, conduxerint. Bald. in d. l. curialis. 30. C. de locato. vel alicui in conductione successerint. Tunc enim in eâ illos remanere, Marcianus respondit, d. l. 4. ff. de dec. Et idem generaliter dici posse videtur de omnibus, quos vel lex, vel statutum, vel pactio à contractibus celebrandis removet, arg. l. fin. C. de reb. alienis non alienand. Mozz. d. tit. n. 8. Porro de personis, locare valentibus, vel non, latius tractat Vincentius Caroc. d. tr. loc. & cond. part. 1. tit. de tut. & curat. & tit. seqq. p. 35. cum seqq. nec non Thomas Maulius in tract. de locat. conduct. tit. 2.

Planè res omnes, quæ hominum commercio non sunt ex²⁹ emptæ, locari possunt. arg. l. si in empt. 34. §. 1. ff. de contrah. empt. nec refert, mobiles sint, an immobiles: corporales, vel incorporales: propriæ, an alienæ, quia dominium transferri necesse non est. l. si tibi alienam. 7. l. si quis. 9. §. fin. l. non solet. 39. ff. locati. ibique in Paratit. Wesenbec. num. 5. Et si dominus postea prohibeat eum uti, qui conduxit: locator conductori ad interesse tenetur.

d. l. 7. cum l. seq. ff. leod. Verum id copiose, & quidem varie, explicant Anton. Faber lib. 2. conjecturar. c. 5. Cujac. tractat. 8. ad African. in explicatione l. 8. hac distinctio. 35. ff. locati. & Arumaus Exercitat. Justin. 14. thes. 11.

30 Sanè servitutes prædiorum per se, id est, sine prædiis, locari nequeunt: quippe quæ solo cohærent, & ad ejus utilitatem constitutæ sunt: sine quo etiam consistere non possunt. l. locare. 44. ff. eod. l. si quis, qui 11. §. ult. ff. de pignorib. & hypoth. Nicol. Rensner. lib. 3. disput. jur. civil. disp. 9. thes. 22. At personarum servitutes, veluti ususfructus & habitatio, rectè locari queunt. §. 1. vers. cum is, qui ususfructum. s. de usu & habit. d. l. si quis. 9. §. 1. ff. locati. l. arboribus. 12. §. usufructuarius. 2. ff. de usufruct. l. cum antiquitas. 13. Cod. de usufruct. & habit. Giphani. lib. 3. disput. 29. thes. 13. & ibidem Olemannus num. 15.

31 & seqq. Neque obstat, quod ususfructus sit jus personale. l. 3. in fine ff. quib. mod. usufruct. amitt. Personalia verò personam non egrediuntur: cum inseparabiliter eidem adhæreant. l. usus aquæ. 21. ff. de usu & habit. l. privil. 196. ff. de reg. jur. Etenim respondetur: quod usufructus cum locatur, non transferatur, sed per conductorem retineatur. l. non mittitur. 38. & l. seqq. ff. de usufructu. Quinimò & jura, quæ solo cohærent, ad personæ tamen utilitatem pertinent, locari possunt l. ult. in fin. C. de vendigalib. & commissis. ubi jus vectigalis atque pedagii quod tamen jus est reale, ad utilitatem duntaxat personæ spectans, locari potest. Eaq. dere videatur Hunnius in resolut. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 2. quest. 4. p. 1751. & seqq.

32 Majoratûs quoque possessorem posse rem majoratûs ad modicum tempus locare, cum hæc locatio nullam alienationis speciem contineat, communiter receptum est: ita tamen, ut si ipse moriatur, successor stare locationi non teneatur: sed possit rem majoratûs denudò locare. Cum enim majoratûs possessor non habeat dominium perpetuum, sed temporale non poterit locare liberè, sed cum suâ qualitate temporali, ut dixit Bald. in l. fin. §. sed quia. num. 7. C. communia de legat. quem refert. & sequitur Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 21. ubi hac de re, & aliis, eò pertinentibus, amplissimè dissertat. De eadem re videatur Vincent. Caroc. d. part. 1. tit. de possessore majoratus. p. 44. & seq. Sed & vasallum locare alii posse fundum feudalem, si fraus absit, probabilius est. tit. 9. qualiter olim pot. feud. alien. §. donare. lib. 2. Feudor. latè Francisc. Curt. Junior in tract. feudor. quarta part. num. 92. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 8. num. 35. Treutler. d. Disput. 29. thes. 2. ad lit. f. volum. 1. aliq. per hunc allegati, & ibidem Hunnius q. 6.

34 Enimverò locatoris jure resolutio siue peremptio, resolvitur quoque & perimitur jus conductoris. d. l. si quis. 9. §. 1. ff. locati. l. per o. 69. §. 1. ff. de legat. 2. l. fundum 7. ff. de actionibus empt. l. si usufructus. 66. ff. de jure dot. tit. 13. §. ult. lib. 1. feud. l. nemo potest. 70. ubi Dd. ff. de reg. jur. & c. nemo potest. 79. eod. in 6. Cujac. lib. 23. observ. c. 38. Bocer. d. class. 2. disp. 4. th. 18. lit. e. edit. 2. Henning. Wegner. Disput. 12. thes. 3. ad lit. b. At quid de jute patronatûs dicendum: poteritne per se locari? Et non posse, breviter respondetur. c. de jure verò patronatus. 16. ext. de jure patronat. junctâ l. 1. & 2. ff. locati. D. Bocer. in hoc tit. num. 69. pag. 410. Videatur Lambert. in tract. de jure patronat. q. 8. secund. part. quest. principal. lib. 1. cum seq. artic. quem refert Mozzlus in d. tract. de locat. & cond. tit. de reb. qualocari poss. num. 9.

36 Ad operas diurnas, menstruas, vel annuas, quod attinet: eas locari posse, extra controversiam est. l. item si precio. 22. §. cum insulam. l. si merces. 25. §. qui columnam. 7. l. qui insulam. 30. §. qui adem. 3. l. qui operas. 38. & passim. ff. locati. Ubi tamen non ignorandum: toties locationem & conductionem intelligi, quoties operæ locantur exercendæ in re & materiâ nostrâ: alioqui si suâ in re quis operas nobis præstet; non locatio & conductio, sed emptio & venditio; vel innominatus contractus dicitur. l. Sabinus. 20. l. convenit. 65. ff. de contrah. empt. l. naturalis. §. §. at cum do, ut facias. & leg. si tibi decem. 7. ff. de præscript. verb. Consule Donellum l. 13. Comment. de jur. civ. cap. 6. ibiq. Hiltigerum in suis not. ad lit. g. & l. itemque Hunnium in resolut. ad Treutler. vol. 1. dispnt.

29. q. 7. p. 1755. & Althusium lib. 1. dicaolog. c. 76. n. 29. & seqq. p. 264. Sed valde ambiguum est: an liber homo suas operas in perpetuum locare possit, ut ipsemet eas præstet? Et negantium opinio juri magis consentanea videtur, argumento l. Titio centum. 71. §. 2. ff. de condit. & demonstrationib. l. conventio. 37. ff. de liberali caus. l. nec si volens. 6. & l. interrogatam. 24. C. d. tit. Quibus ex locis manifestum evadit: nullam conventionem, nullumque pactum valere, quo aliquis se faciat servum. At si quis in perpetuum se obligat: isthæc obligatio instar servitutis se habet. l. 2. ff. de homine libero exhibend. ubi Venulejus ait, non multum à specie servientium differre, quibus facultas non datur recedendi. Atque ita sentiunt Irnerius Glossator, Petrus de Bellapert. Dynus, Cynus, Iacobus de Arena, & Albericus de Rosat. quos refert & approbat Sichardus ad rubr. C. de locato. num. 6. & 9. item noviter Bocerius d. class. 2. disp. 4. th. 21. nec non Schegk in delibatis jur. disput. 18. th. 50. Quanquam contrarium communi Dd. calculo receptum fateantur Christophorus Porc. in princ. s. de usufruct. Angel. Aretin. in §. usufructus. num. 1. eod. tit. Didac. Covarruvias in tract. de sponsalib. 2. part. c. 7. n. 5. Emanuel Soarez in thesuroreceptor. sentent. lit. o. n. 16. & Matthias Colerus in tract. de processib. execut. part. 1. c. 9. n. 27. Sanè & hoc plerisque placuit: locantem operas suas debere operari suis sumptibus: & conducentem officialem, medicum, advocatum, procuratorem, notarium & similes, teneri eis ad victum, etiam in eundo & redeundo, item pro equis & famulis. Bartol. Iason & Angel. in l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condit. indebit. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de sumptib. in operando. h. i. & 2. p. 117. Cæterum at & quatenus nobilis operas rusticorum, quibus ipse non indiget, aliis locare & delegare possit, eleganter, post alios, explicat Matthias Berlichius decis. aur. 67. p. 222. & seqq. Illud quoque hic obiter admonendum: quod appellatio-40 ne locationis & conductionis, veluti emptionis & venditionis, promiscuè juris auctores utantur, adeoque unius verbi appellatione totum contractum comprehendant, propter relationem. l. & ideo. 23. ff. locati. l. multum interest. 19. ff. de hered. vel act. vend. Egninar. Baro & Heigius hic n. 5. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. c. 6. n. 2. & c. 11. num. 1. Pinel. in l. 2. de rescind. vendit. part. 1. cap. 2. num. 3. Petrus Augustinus Morla in Emporio utriusque jur. part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in præmissis. num. 3.

His ita præmissis & expositis, nunc ad enarrationem hujus principii est transeundem: in quo Justinianus locationem & conductionem promixam esse emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistere, ex Cajo Jurisconsulto ostendit. l. 2. in princ. ff. locati. Quemadmodum enim emptio & venditio conventionem precii contrahitur: ita etiam locatio & conductio conventionem mercedis (quæ subinde precium quoque appellatur. l. ult. §. ult. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. quid si 28. §. idem jur. l. ea lege. §. 1. l. insulam. §. 8. in princ. ff. locati. l. si quis ante. 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess.) perficitur: adeo quidem, ut locator actione locati, conductor verò conducti agere possit. Locati igitur actio locatori, ejusque heredi, adversus conductorem, ejusque heredem competit. hic & l. viam veritatis. 10. l. si hi, qui 14. l. cum conductorem. 29. C. de locato. ad hoc maximè; tum ut merces, una cum usuris post moram, solvatur. l. 2. ff. in quib. caus. pig. vel hypothec. tacit. contrah. l. quæro. §. 4. ff. locati. l. præses. 17. C. eod. l. mora. 32. §. in bonæ fidei. 2. & l. videamus. 38. §. 1. ff. de usur. tum ut, exacto locationis tempore, res conducta non deterior reddatur. l. videamus. 11. §. 2. ff. locati. vel deterior facta reficiatur. d. l. cum conductorem. 29. C. d. i. atque adeo omnia damna, quæ conductoris culpæ rei locatæ obtigere, refundantur. l. si quis domum. 9. §. si colonis. 3. d. l. videamus. §. 1. l. si merces. 25. §. conductor. 3. cum §. seq. l. si vulnseraveris. 43. & l. cum in plures. 60. §. servum. 7. ff. locati.

Quæstio hoc loco quotidiana moveri potest: Num equus conductus præsumatur in dubio esse mortuus conductoris culpâ, an verò morte naturali, sicque casu fortuito? Et communis Dd. conclusio est: semper præsumendum

- dum esse, equum morte naturali interiisse, atque ita locatorem probare debere; equum quem locavit, conductoris culpâ fuisse mortuum: vel quia majus pondus, quam equus sustinere posset, ipsi imposuerit; vel quia ad alium usum, quam ad quem conduxerat, equum applicuerit; vel quod in itinere illum fatigaverit; & plus, quam par, & iusta ratio postulat, illum laborare compulerit. *Gloss. Bariol. Salicet. Fulgos. & Bald. in l. qui insulam. 30. §. qui mulas. 2. per istum textum. ff. locati-conducti. Idem Bald. in l. si pecuniam. 5. §. sed ubi accepit. 4. per illum textum. ff. de conduct. causa data, &c. latè Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. num. 22. & Vincent. Caroc. in tract. locati & conduct. tit. de dolo & culpa. part. 2. num. 5. cum seqq. pag. 157. Quibus adjiciatur Doctor Martia tom. 3. Digestorum novissimor. tit. Locator, conductor. cap. 9. 10. 11. & 12. fol. 45220. & Iosephus Ludovic. decis. Lucens. 10. Cujus conclusionis ratio est perspicua: quia is, qui dolum vel culpam allegat, eandem docere & probare tenetur. *l. quotiens. 18. §. qui dolo. ff. de probationib. l. dolum. 6. Cod. de dolo malo. cum similibus.* Ubi tamen probè observandum: quod, si contingat, equum in itinere in morbum incidere, conductor illam debeat hospiti tradere, aut alicui homini perito, qui equum ægotantem curet: ut, si hac adhibitâ diligentia, postmodum moriatur, ejus obitus nequaquam conductori imputetur. Sed si casu quodam equus in medio itinere perierit: necessarium & consultum est, ut ibi testes ad futuram reimmemoriâ adsciscantur, qui mortui equi testimonium præbeant, ostendendo ipsius equi signa & qualitates. Nam hujusmodi testimonium eo in loco, ubi equus obiit, factum, etiam absque ullâ partium citatione fidem facit coram iudice competenti, ut post Paulum de Castro in *l. cum bi. 8. §. transactiones. 19. ff. de transactionib. & Lud. Romanum in l. si verò. 64. §. de viro. in § 4. fallent. ff. solut. matrimon. tradidit Petrus Augustinus Morla part. 1. Emporii juris. tit. 10. in præmissis. num. 53. in fine. & Dn. Christophorus Besold. vol. 3. consil. 120. fol. 155 itemq. in *delibat. s. jur. ex lib. 19. ff. quest. 4. p. 32.* ubi addit, teneri conductorem actione furti vel conditione furtivâ, si equum conduxit pro eundo ad unum locum, & eum ad alium ducat. *l. qui furtum 16. in princ. ff. de conduct. furt. l. si, ut certo. 5. §. quinimo. 8. ff. commodati.***
- 46 Est & illa quæstio quotidiana: num conductor ædium de incendio teneatur? Et, si evidenter appareat, incendium aliunde, quam ex domo provenisse, conductor nullo modo tenetur, sed fortuito evenisse dicitur: puta si ex fulgure provenierit ignis, vel si ex domo vicini scintilla ignis evolaverit, & incendium excitaverit in alterius domo. *l. in rebus. 18. ff. commodati. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. cum similib.* Si verò non constet, quis incendium immiserit: tunc culpâ inhabitantium exortum præsumitur. *l. 3. §. 1. & §. ut curam. 4. ff. de offic. præfect. vigil. cum concordantibus. Alexand. consil. 50. num. 2. lib. 1. Bald. consil. 441. in fin. lib. 1. Thom. Ferret. consil. 36. Bursat. consil. 53. num. 34. vol. 1. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conduct. part. 2. tit. de incendio, &c. num. 2. & seqq. pag. 166. ubi id pluribus conclusionibus declarat.* Hucque referantur, quæ annotavimus ad §. 2. supr. de obligationib. num. 87. & subseqq. Adde Thomam Grammat. decis. 3. & Acacium Antonium de Ripoll d. cap. 12. variar. jur. resolut. num. 245. & seqq. item n. 290. & seqq. fol. 400. & 404. nec non Manlium in tract. de locat. conduct. tit. 6. num. 23.
- 47 Merces porro, expleto demùm locationis tempore, solvenda est: nisi aliud specialiter inter contrahentes convenerit; vel loci consuetudo aliud suaserit. *l. 1. §. si pensio. 4. ff. de migrando. juncta l. semper in obscuris. 9. & l. semper in stipulationibus. 34. ff. de reg. jur. l. excepto. 18. Cod. de locato. Sichard. in l. 3. num. 5. C. eod. Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. cap. 9. pag. 162. n. 20. Vincent. Carocius d. tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de tempore pensionis. pag. 95.* Ac licet conductor ante tempus deferat habitationem aut fundum: nihilominus tamen statim locator eum mercedis nomine convenire, & quidem integram exigere mercedem potest. *l. si in lege. 24. §. si domus. 2. l. dominus. 55. §. ult. ff. locati.* nisi iustâ

ex causâ, veluti ex timore ruinæ, vel ignis, vel exercitiis, vel pestis diuturnioris, vel spectrorum, &c. domum fundumve deseruerit. Tunc enim solum pro ratâ temporis merces debetur. *l. si quis. 9. §. 1. l. item quaritur. 13. §. exercitum. 7. l. ex conducto. 15. §. ubicunq. 7. l. habitatores. 27. §. 1. l. qui insulam. 30. §. 1. & l. si fundus. 33. ff. eod. l. in hac stipulatione. 28. ff. de dam. infect. l. si quis. 49. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Gomez. d. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 3. Gail. lib. 2. observ. 23. num. 6 & 7. Ioan. Baptista Costa tom. 2. tract. de ratione rate. q. 38. fol. 39. Plebst. di put. 2. de jure topico Wirtemberg. th. 55. Matthias Stephani cent. 3. quest. 76. Hieronymus Panschman. in declaratione præcipuar. quest. circa mater. locat. conduct. &c. quest. 13. Idque fufius explicatur infra num. 82. & seqq.* Quod si etiam pluribus Studiosis habitatio sit locata; & 49 unus eorum, non solutâ ratâ mercedis parte, illam deferat: cæteri integram pensionem solvere non tenentur. Angel. in *l. duo fratres. 78. num. 2. ff. de acquir. vel omitt. hered. & Jason in l. 1. n. 28. C. qui testam. fac. poss.* quos refert ac sequitur D. Bocerius d. class. 2. disput. 4. thes. 28. & in hoc tit. num. 77. p. 411. Cæterum is, qui operas suas, 50 locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quò minùs operas suas præstaret. *l. qui operas. 38. ff. locati.* nec eodem locationis tempore ab alio mercedem accepit. *l. sed addes. 19. §. cum quidam exceptor. 9. & §. seq. ff. eod. l. diem functo. 4. ff. de offic. adfessor. Grævellus decis. Senatus Doleni 84. num. 1. cum seqq. fol. 228. & seq.* Hinc licet Doctor seu Professor, propter pestem in loco grassantem, vel similem causam adversam, non per totum annum legat, sed tantum in principio: tamen nihilominus integrum totius anni salarium petere potest. Natta consil. 452. eumq. laudans Mozz. in dict. tract. de locat. & conduct. c. de accidentalib. locat. num. 43. p. 424. Gail. lib. 1. observ. 44. num. 13. Similiter si 52 Professor, Advocatus, vel Medicus in exordio anni locationis moriatur: integrum salarium totius anni hereditibus ejus debetur. *l. 1. §. Divus Severus. 13. ff. de var. & extraordin. cognit. d. l. qui operas. 38. in princ. & §. 1. d. l. sed addes. 19. §. cum quidam. 9. & §. seq. ff. locati. d. l. 4. ff. de offic. adfessor. l. penult. C. de conduct. ob caus. dator. l. post duos. 15. §. 1. C. de advocat. diversor. judicior. Gail. d. observ. 44. num. 12. Dec. consil. 70. Kirchoy. cent. 5. commun. opin. concl. 85. Cephal. consil. 70. & 71. lib. 1. Mandell. consil. 91. incip. quod Reçtori. num. 1. & 2. Sebastian. Medices in tract. Mors omnia solvit. part. 3. num. 26. Coracius d. part. 2. tit. de officio adfessorum. num. 3. pag. 151. Mozz. d. loco. num. 44. Benius in lib. singulari. de privileg. Ictorum, part. 1. cap. 22. Dn. Collega Besold. in *delibat. jur. ex lib. 19. ff. quest. 5. pag. 33. & in thesauro præd. verb. Besoldung/ & in dissertat. de Studiosis, Magistris, &c. cap. 9. p. 105.* Doctor pariter, qui propter supervenientem senectutem, vel aliam infirmitatem, professuræ amplius sufficere nequit, minime propterea removeri, aut salario privari debet. Spectat enim ad principis curam, ne is, qui consenuerit in officio aliquo digniori, indigeat in senectute, arg. *l. Lucius. 11. in princ. ibi, veteranis in premia assignatas. ff. de evictionibus. Speckhan. cent. 2. class. 1. quest. 10. huncq. laudans Dn. Besold. d. cap. 9. pag. 107. & Ioh. Limneus tom. 3. de jur. publ. Imp. Rom. lib. 8. cap. 3. num. 27. & seq. & David Marquart. apud Arumæum de jure public. vol. 3. discurs. 18. th. 28. lit. a p. 801.* Hinc quoque famulus, famulæve aut ministra, licet morbo, aliæve iustâ causâ impeditus, vel impedita fuerit, quò minùs officium suum fecerit: integram tamen mercedem petere poterit, *l. cum heres. 4. §. Stichus. 5. ff. de statut. liber. l. ult. §. 1. ad finem. ff. ad leg. Rhod. de jact. & legibus antè allegatis.**

Nec obstat *l. ex conducto. 15. §. item cum quidam. 6. ff. 54 locati. & l. si pecuniam. 5. in princ. ff. de conduct. causa data, caus. non secut. cum similib.* ex quibus colligitur: quod, etsi quis casu fortuito, veluti adversa valetudine, vel aliâ iustâ causâ impeditus fuerit, quò minùs præstet id, ob quod præstandum aliquid accepit; ab eo tamen, quod datum est, repeti queat. Quod si datum repetere 55 potest, qui dedit; multo magis nondum datum retinere poterit. Cui enim damus actionem ad repetendum; ei multo

multò facilius damus exceptionem ad retinendum. *l. in-
vitus. 156. §. 1. ff. de reg. jur. cap. qui ad agendum. 71. eo-
dem tit. in 6. Illud, inquam, non obstat. Regula namque
ista (quòd, quotiens quid ob causam datum est; eà cau-
sa, etiam fortuito casu non secutà, datum repeti possit)
procedit in illis, qui operas suas non ad certum aliquod
tempus sed indefinitè locarunt. d. l. 15. §. 6. ff. locati &
similibus: fallit verò in illis, qui certum ad tempus lo-
cârunt suas operas: quales sunt advocati, & alii artifices, de
quibus in legibus suprà pro nostrâ assertionem adductis. Atq;
ita docuerunt *Speculat. in tit. de locato. §. postquam. num.
20. Ioan. Vaud. libr. 1. quest. var. q. 7. Bocér. d. class. 2. disp.
4. thes. 29. cum seqq. & in hoc tit. num. 81. & seqq. p. 412.
Hackelman. disp. 11. th. 12. lit. b. & d. Matthias Ste-
phant cent. 3. quest. 75. & noviter Hunnius lib. 3. var. re-
solut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 8. & in resolut. ad
Freutler. volum. 1. disput. 29. quest. 8. pag. 1756. Quam-
vis alii communiter dissentiant, Bartol. in l. si uno (alias
est. d. l. ex conducto. 15.) §. cum quidam. §. ff. locati. lason.
num. 48. Curt. Sen. & Cagnol. num. 215. & Bolognet. num.
72. in d. l. diem functo. 4. ff. de offic. assessor. Panormitan.
in cap. 1. num. 6. de cleric. agrotant. Vivius lib. 2. opin.
108. Linglois d. decis. 5. quest. 4. num. 7. fol. 58. Gomez.
d. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 3. ubi & alios citat.**

56 Sed quo tempore artifex, qui operam suam ad opus
aliquod faciendum locavit, mercedem promissam pete-
re queat, ambigitur? Et cum nonnullis distinguendum
videtur inter opus, quod brevi tempore, & sumptu exi-
guo perfici potest: & illud, quod sumptum ac victum
magnum, longumque tempus requirit. Priore casu non,
nisi perfecto opere, merces debetur: tum quia locatio
& conductio similis est emptioni & venditioni, per hunc
57 textum nostrum. & d. l. 2. ff. locati. At emptor precium
dare venditori non tenetur, priusquam ab eo rem ven-
ditam acceperit. *l. qui pendente. 25. ff. de act. empt. l.
purè. §. §. si servus. 4. ff. de doli mali. & met. except.*
Proindeque regulariter nec artifice ex locatione & condu-
ctione merces debetur, antequàm is operam debitam
58 præstiterit. Tum quia merces hanc conditionem respi-
cit, si opus fecerit. Fecisse autem is non censetur, qui non
propriam formam, quæ ex consummatione contingit,
dederit *l. si is, qui 80. §. 1. vers. sed & si opus. ff. ad leg.
Falcid. l. rei. §. §. ult. & l. adificia. 139. in fin. ff. de verb.*

59 significat. Est enim stipulatio, opus fieri, individua: cujus
divisio corrumpit stipulationem. *l. eadem dicemus. 4. §. 1.
& l. stipulationes non dividuntur. 72. ff. de verb. obligat.*

60 Unde si famuli, famulæve, operarii, aliivè ante finitum
locationis - conductionis tempus ex famulatio discedant,
neque justam habeant sui discessus causam; merces ipsæ
non debetur: & insuper quoque Magistratûs pœnæ sub-
jacent, arg. *l. qui hoc anno. 42. & l. eum, qui. 138. in princ.
ff. de verb. oblig.* Gursil. Württemberg. Alt. Landrecht/
61 pag. 216. tit. Von Ehehalten/ Dienstleuten und gedings-
ten Arbeitern/ &c. erneuert Landrecht/ d. part. 2. tit. 17.
pag. 300. Item Landsordnung/ pag. 99. in fin. Bald. in
l. 2. num. 2. & ibid. Sichard. num. 4. C. de locato. Plebst.
d. disput. 2. de jure top. Württemberg. th. 59. Posteriore ve-
rò casu (quo scilicet opus sumptum & victum magnum,
longumque tempus desiderat) sicut operæ præstantur
particulariter: ita & merces particulatim post cœptum
opus, & antequàm perfectum fuerit, debetur, & sol-
venda est, etiam in futuram operam, arg. *l. Iulianus. 13.
§. unde queritur. 9. ff. de actionib. empti dummodo satis-
det artifex, in opus illud pecuniam impensum iri, argum.
l. insulam. 58. §. fin. ff. locati. D. Bocér. hic num. 78. pag.
412. & d. class. 2. disp. 4. th. 32. lit. c. ed. 2. Illiusque ra-
tio est perspicua: quia alias, nisi per particulas solveret-
ur merces, plurima ædificia nunquam extruerentur: cum
victus artificibus defuturus esset: ut rectè sentit Cynus
62 Bald. & Sichard. num. 2. & 3. in d. l. 2. C. de locato. Pla-
nè, si artifex opus faciendum intra certum tempus con-
duxit, hocque non absolvit, aut ex suâ negligentia tan-
tum temporis labitur, quoniam perfici nequit: locatori
omne interesse præstare cogitur. *l. si na stipulatus. 14. d. l.
stipulationes non dividuntur. 72. in princ. vers. Celsus & l.
si insulam. 84. ff. de verbor. oblig. l. si quis ab alio. 13. ff.**

*de re judiat. Gursil. Würtemb. Alt Landrecht/ d. p. 216.
tit. Werckmeister so sie Werck verdingen/ &c. erneuert
Landrecht/ d. pag. 300 §. wann auch/ &c. Porro si plures
simul opus faciendum conduxerunt: singuli locatori in
solidum sunt obligati, & quilibet potest conveniri. Si
verò divisa conductio fuit: singuli pro partibus duntaxat
conveniri debent: nisi ipse architectus locatori in-
teresse solvere paratus sit: quo casu ad perficiendum o-
pus cogi nequit. *l. si divisa. 13. ubi Sichard. C. de locato.
Gursil. Würtemb. Alt Landrecht/ pag. 217. tit. Wann
zween/dren oder mehr ein Werck verdingen. & pag. 218.
in princ. Erneuert Landrecht. part. 2. tit. 17. pag. 301. §.
Begebe sich auch. cum §. seq. Plebst. d. disp. 2. thes. 61.
edit. 1.**

Illud quoque hoc loci non prætereundum est: quòd
interdum locator, etiam ante exactum locationis vel con-
ductionis tempus, possit expellere conductorem, eumq;
cogere, ut rem restituat: veluti, si conductor pensionem
sive mercedem justo tempore non solvat: vel malè in re
locatâ versetur: vel locator propriis usibus rem sive dō-
mum sibi necessariam esse doceat: aut ruituram refice-
re & instaurare velit. *l. quæro. 54. §. 1. l. cum domini. 56.
ff. locati. l. ade. 3. ubi pulchrè Bart. Odofred. Angel. Sali-
cet. Fulgosius & Sichardus. C. de locato. ibiq. Azo in sua
summa. num. 13. c. pen. §. 1. ext. eod. Nov. 120. cap. 8.
& Auth. qui rem. C. de SS. Eccl. Gursil. Württemberg.
Alt Landrecht pag. 213. tit. Auf was Ursachen der Be-
ständer mög vor dem Ziel/ &c. & pag. seq. erneuert
Landrecht/ d. part. 2. tit. 17. pag. 298. in princ. Vincent.
Caroc. in tract. locati & conduct. part. 2. tit. de recusation.
p. 195. Ioan. Petr. de Ferrariis. in sua pract. in formalibelli.
quo agitur ad facti præstationem & relaxat. num. 6. & 7.
latè, post alios, Alvarus Valasc. in tr. de jure emphyt. q.
21. & seqq. Linglois d. decis. 5. quest. 5. num. 2. cum seqq.
fol. 59. Magonius decis. Lucens. 75. num. 6. Mantius d.
tract. de locat. conduct. tit. 7. num. 16. item Petr. August.
Morla in emporio juris utriusq. part. 1. tit. 10. de locato.
in præmiss. num. 24. & seqq. nec non Iacobus Cancerius
part. 1. variar. resolut. jur. cap. 14. num. 3. cum seqq. fol.
162. cum seqq. & D. Besoldus in d. delibet. jur. ex lib. 19.
ff. quest. 6. pag. 34.*

Non adversatur *l. si duo. 3. §. cum inquilinus. 3. ff. uti
possidetis. l. ibi dominus ædium voluit domum reficere: in-
quilinus dominum reficere volentem prohibuit: Ulpia-
nus respondit, dari hoc casu interdictum uti possidetis.
Igitur dicendum videtur, quòd locator sive dominus in-
quilinum expellere nequeat, ubi domum reficere cupit.
Si, invito inquilino, dominus ædium non potest ades re-
ficere: ergo multò minus poterit invitum inquilinum, ob
refectionem, expellere. Non, inquam, ista lex adver-
satur. Nam in eà refectione necessaria non fuit: ac propter
ea inquilinus, qui ob refectionem incommoda patitur,
refectionem admittere noluit. Inde orta controversiâ,
ne alter alteri vim inferat, datur interdictum uti possi-
detis: quo interdicto Prætor inquilinum in possessione,
donec causâ refectionis fuerit discussa, defendit. Atque
ita illam legem exaudit Joannes Borcholt. part. 2. disput.
de locat. proposit. 6. pag. 403. Tamen aliter eandem
legem accipiat Vultejus hic num. 35. Enimverò eo casu,
quo expellitur conductor ideo, quòd malè in re versa-
tur, ex communi Dd. sententiâ integram pensionem lo-
catori præstare tenetur: eò quòd conductor propter cul-
pam suam, & in sui præjudicium perinde habeatur, ac
si rem adhuc teneret. Et fundamentum hujus assertionis
quoque constituitur in auth. qui rem hujusmodi. Cod. de
SS. Eccles. ubi rem conducens ab Ecclesiâ, si fecerit eam
deteriorem, tenetur primò solvere integram pensionem:
deinde etiam si aliquâ parte meliorem fecerit: illa melio-
ramenta, hoc est, ea, quibus res melior effecta est, per-
dit.*

Neque obstat, quòd hac ratione locator locupletetur
cum conductoris damno & jactura, contra *l. nam hoc
natura 14. ff. de conduct. indeb. & l. jure natura. 206. ff.
de reg. jur.* Quia damnum, quod quis suâ culpa sentit,
sentire non intelligitur. *l. quod quis. 203. ff. d. tit.*

Sic non refragatur, quòd locator damna sibi data aliis

actionibus, puta locati & legis Aquiliæ, persequi possit. *Enim* conductor propterea, quod in re conducta male versatus est, bonamque fidem fregit, præter restitutionem damni, puniri debet. Ac sanè cum hoc casu per ipsum conductorem steterit, quò minus conditio contractus fuerit adimpleta, perinde habetur, ac si adimpleta fuisset, arg. l. si pec. §. ff. de condit. causa dat. causa non sec. Atq; ita tradunt *Cynus*, *Baldus*, *Salicet* & *Sichard*, in d. l. ade. 3. C. de locato. *Jürstl. Würtemb. alt. Landrecht* sp. 214. §. Es ist auch im ersten/te. erneuert Landrecht l. d. part. 2 tit. 17. pag. 298. §. So begibt sich. ad finem. *Dn. Rocer. d. class. 2. Disput. 4. th. 38. Trentler. vol. 1. disp. 29. thes. l. A. & ibi Bachovius in suis not. pag. 111 §. itemq; Hunnius quest. 14. pag. 1768.*

- 71 Sed & conductorem, ob non solutam etiam unius anni pensionem, statim ex domo conductâ expelli posse, probabiliter comprobatur per d. l. ade. 3. C. de locato, ubi habetur, conductorem durante locatione expelli non posse ade conductâ, si domino pensionem in solidum solvit. Ergo argumento à contrario sensu sumpto, si pensionem etiam unius anni non solvit, expelli potest. Sermo namque simpliciter prolatus, de primo actu intelligitur, id est, unico actu perficitur, consumitur, atque finitur, arg. l. boves. 89. §. 1. ff. de verb. sign. *Inson. in l. in duobus. 28. §. si ei, qui. ff. de iurejur. Felin. in c. 2. ext. de treuga & pace. Tiraguell. in peculiari repetitione dicti §. 1. quam inscripsit Tractatum in l. boves. §. hoc sermone. ff. de verb. sign. eosq; referens D. Gaddens ad d. l. bove. 89. §. 1. ff. eod. tit.* Idque adeò procedit; ut, licet pactum de conductore non expellendo, in locationis contractu adjectum sit: nihilominus tamen, si pensioni non satisfaciat: expelli possit: quia semper hæc conditio, in pacto isthoc locationi adjecto, tacitè subintelligitur: si pensioni conductor debito tempore paruerit. l. 2. ff. si ager. vectigalis, & c. d. l. quaro. §. 4. §. 1. ibiq; *Gothofred. ff. locat.* Quæ lex nostræ opinioni non repugnat, dum statuere videtur, tum demum conductorem licitè expelli posse, si biennio continuo pensionem non solverit. Quod enim de bienni tempore illic affertur, non ad legis decisionem, sed ad facti narrationem pertinet, ex quâ nihil concludi posse, notissimum est. *Accurs. in l. un. ad verb. quotionis. in vers. vel dic tertio & c. C. quando non petentium partes potentib. accrescant.* Siquidem & aliàs dici solet; enunciativa verba neutiquam disponere, arg. l. ex his verbis. 7. C. de testamento militis *Coras. ad l. 2. n. 2. C. de jure emphyteut.*
- 76 Sic quoque non refragatur prædicta l. cum d. mini. §. 6. ff. locati, ubi traditur; quòd, si biennii spacio conductor non satisfaciat pensionibus; tunc possit dominus pro securitate pensionis domum conductam aperire, & per Notarios describere, quæ ibi reperiuntur. Nam istic non fit post biennium expulsio; sed bona absentis, & per biennium non apparentis conductoris, per publicas personas si-
- 77 Notarios describuntur. Quod utique non citò, nec temerè fieri debet: cum detegere res alienas & secreta patrimonii alterius pandere, valde durum, inhumanum & odiosum sit. l. 2. vers. quid enim tam durum, & c. C. quando & quib. quarta pars debetur, & c. l. 2. ibi, ne secreta patrimonii, & c. C. de aliment. pupillo præstand. *Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 73.*
- 78 Tandem & illud hîc subjiendum; quòd colonus vel inquilinus, qui rem habet conductam per multos annos, etiamsi dubitetur an ipse solverit pensionem elapso tempore debitam, si ipse ostenderit, se solvisse tribus proximis annis, habeat suam intentionem fundatam, quòd scilicet retrò solvisse præsumatur: dummodo solutio facta fuerit tribus annis continuis, ac tribus solutionibus distinctis, unoquoque anno factis. l. quicunq; 3. ubi *Bald. C. de apochis publicis, & c. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 139. Mascardus de probationib. conclus. 603. vol. 2. Augustinus Morla in d. Emporio juris part. 1. tit. 10. de locato. in præmissis. num. 36. & alii, ab iis magno numero designati.* Sed & illud addendum: quòd conductori liceat res, quas ipse conduxit, alteri locare: modò aliter non fuerit deductum in pactum cum primo locatore: & modò primus locator non patiatur damnum.

l. nemo. 6. C. de locato. Enim verò secundus conductor tenetur pensionem solvere non primo, sed secundo locatori, cum quo contractum init. Idque fufius, post *Carocium*, part. 2. quest. 15. *Tuscum tom. 5. concl. 413. Helctorem Felicium de societate. C. 28. & alios*, explicat *Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 3. quest. 7. punct. 1. n. 4. p. 556.*

Conducti actio datur conductori. l. ex conducto 15. in 79 princip. ff. locati, ejusque heredi. l. sed addes. 19. §. ex conducto, 8. ff. eod. adversus locatorem; ad hoc potissimum; ut sibi re conductâ uti frui licere præstet, aut interesse solvat. l. si tibi alienam. 7. cum 2. ll. seqq. d. l. ex conducto, 15. §. 1. l. si in lege. 24. §. colonus. 4. l. si fundus. 33. & passim. ff. locati. *Jul. Pac. cent. 5. in variis præmissis. q. 16. Mynfinger. hic num. 5.* ut domum locis necessariis reficiat, vel mercedem pro ratâ temporis, quæ ædibus commodè uti conductor nequit, remittat. d. l. ex conducto. 15. §. 1. & l. habitatores. 27. ff. locat. ibi q; in paratit. *Wesenbec. n. 16.* ut damna locatæ rei vitio contracta refundat: si modò vitium illud sciri potuerit, vel res tanquam ab artifice locata sit (ut si vas vitiosum à viatore locetur) atque ita sciti vitium debuerit. Secus est, si lateat vitium, ita ut prudentissimum fallat: nec in illâ locandâ artificium suum quasi rei bonæ & integræ locator profiteatur: ut si ager conductus herbas noxias ferat. l. sed addes. 19. §. 1. ff. locati. l. in judicio. 28. Cod. eod. *Wesenbec. d. loco; Trentler. Disput. 29. vol. 1. thes. 7. lit. c. Oldendorp. class. 4. acti. num. forens. act. 9.* Item experitur conductor hac actione adversus locatorem: ut ob rei locatæ interitum, sterilitatem, vimque majorem, mercedem vel in totum, vel pro parte remittat. Et sane, si, locatione & conductione ritè perfectâ, res conducta tota fortè incendio vel terræ motu perierit, aut publicata sit, ut eâ frui vel uti conductor non potuerit: pro ratâ temporis, quo rei fructus ususve cessavit, merces conductori remitti, & si fuerit soluta; restitui debet. Sin rei duntaxat pars sit amissa: & pro ratâ temporis, & pro illâ tantum parte amissâ, quâ frui vel uti conductor non potuit, mercedis remissio & exoneratio fieri debet. l. si quis domum. 9. §. 1. in fin. d. l. ex conducto. 15. §. cum quidam. 3. d. l. si fundus. 33. & l. *Marcus. §. 9. ff. locati. Gail. lib. 2. obs. 23. n. 23. & seq.* Similiter si non ipsa res conducta casum adversum passa sit: sed sterilitas, vel aliud damnum haud modicum in fructibus contigerit: ut si vis fluminum, graculorum, sturnorum, hostium, vel quid simile acciderit: damnum domini est, non coloni: ne suprà damnum seminis amissi, mercedes fundi præstare cogatur. d. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis 2. & §. ubicunq; 7. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. l. si ei. 8. C. eod. c. propter sterilitatem 3. ext. h. tit. Et eâ de re abundantius agunt *Pinel. ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 1. c. 3. num. 23. Didac. Covarruv. tom. 2. practicar. quest. c. 30. num. 1. Menoch. lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 76. & 77. Mozz. in tractat. de locat. & conduct. cap. de accidentalibus locat. num. 8. cum seqq. Panschmann. in suis quest. circa materiam locat. quest. 1. & seqq. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controversiar. assert. 71. Josephus Ludovicus lib. 1. conclusionum. concl. 12. Vincent. Caroc. d. tract. locati & conduct. part. 3. tit. de remissione mercedis. p. 300. cum seqq. Althus. lib. 1. Dialectolog. cap. 76. num. 14. cum seqq. pag. 262. Iohann. Garfia in tr. de expens. & meliorat. cap. 15. Anton. Gomez. tom. 2. var. resolut. cap. 3. num. 18. Sebastian. Medic. in tr. de casib. fortuit. 2. part. quest. 10. num. 39. Petr. Augustin. Morla. in d. Emporio jur. part. 1. tit. 10. quest. 1. num. 6. & seqq. Hunnius in resolut. ad Trentler. vol. 1. disput. 29. quest. 23. p. 1780. & seqq. novissimè *Breitschwerdt in tr. de casibus fortuit. cap. 8. sect. 5. & seqq.* Et si verò 81 propter causas prædictas, & similes, mercedis remissionem, & exonerationem locator conductori præstare tenetur: attamen si alio quodam sequente anno, immodica & solito major ubertas contingat, ut unius anni incommodum cum aliorum annorum commodò pensetur: etiam pro eo anno, qui sterilis fuit, integra pensio exigì poterit, d. l. ex conducto. 15. §. si uno anno. 4. ff. locati. d. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. eod. ibiq; *Azo in sua summâ. num. 33. d. cap. propter sterilitatem. ext. d. tit.**

Bocer. d. class. 2. disp. 4. thes. 70. Gomez. loco paulò ante notato. Doctor Martia tom. 3. digestorum novissimorum
 82 *tit. remissio mercedis. cap. 1. fol. 289. De eo (quod & supra leviter attigi num. 48.) sæpiusculè dubitatum memini: an inquilinus ob pestem grassantem emigrare possit, ita ut pensionem integram solvere non teneatur? Et Andreas Gail. dicto lib. 2. observ. 23. num. 7. (relatis atque rejectis aliorum diversis opinionibus, Baldi in d. l. licet. 8. num. 5. C. de locato, Panormitani in d. c. propter sterilitatem. 3. n. 8. ext. eod. Socini Senioris cons. 44. num. 4. vol. 1. & Berachini in tract. gabellarum. part. 2. num. 25.) hoc modo distinguendum existimat: Aut pestis in loco contractus brevi tempore durat, putà per aliquot tantum menses: aut est diuturna unius vel plurium annorum, & in viciniam*
 83 *domus conductæ potissimum grassatur. Primo casu non datur remissio pensionis, si colonus sive inquilinus emigrarit: altero verò datur. Huiusque ratio est: quia merces datur pro rei usu. Si igitur inquilinus re conductâ, tanto tempore, absque suâ culpâ uti non potest: iniquum foret, eum & rei usu carere, & integram persolvere pensionem debere. Eadem de re consulantur quoque Ioan. Francisc. à Ripa in tract. de privileg. contract. caus. pest. num. 22. Alex. cons. 107. vol. 3. Arnold. Ferronus in consuet. Burdegalsib. c. 8. §. 3. Petrus Nicol. Mozz. d. tr. de locat. c. de accidentalib. locat. num. 6. Covarr. d. tom. 2. pract. quest. c. 30. Antonius de Gamma Decis. Lusit. 73. fol. 68. Valascus d. tract. de jur. emphyt. quest. 27. num. 2. & alii, ab illis allegati. Cæterum de isthoc, & similibus casibus jus nostrum renovatum Würtembergicum ita disponit, d. part. 2. tit. 17. pag. 298. Hingegen/und obwohl keiner von seinem Bestandt vor Ausgang verglichenen Zihls leichtlich abweichen kan: So wird doch auch alsdann dem Beständer / vor dem Zihl vom Bestand abzutretten zu gelassen/wann er besorgen muß/das Bestandhaus falle ein: oder so er sonst um fürfallende Furcht und antrauender Gefahr willen/ als bey einreisfendem Sterben/ Kriegsläuffen/ gefährlichen Wesen/ davon Anfangs dem Beständer nichts bewußt gewesen/ den Bestandt verlassen müsse: In solchen und dergleichen Fällen (welche zu des Richters Erkandnuß stehen sollen) mag einer vor dem Zihl auß der Bestandthausung wohl ziehen: und ist den Zinsk länger und weiter nicht/ als der Zeit nach/ gebrauchter Behausung/ zu rechen schuldig. Sed & eo casu conductor, quo in domo conductâ tetrismaginibus, nocturnis illusionibus & tumultibus inquietatur justam emigrandi causam habet; ita ut ex eo tempore, quo huiusmodi tumultus excitati & spectra visa sunt, à præstatione pensionis liberetur. Huiusque ratio manifesta est: quia cum sine conductoris culpa non liceat ipsi ædibus conductis tutò uti: æquitati haud consonum esset, ab ipso integram pensionem exigì: cum*
 85 *pro usu rei præstari pensio soleat. Ita decidit Didacus Covarruv. lib. 4. variar. resol. c. 6. eumq; laudans Treutler. d. vol. 1. disput. 29. th. 5. lit. B. ibique Hunnius in suis resol. pag. 1769. Porro, prædictis casibus advenientibus, conductor emigrare volens, necesse habet domino id denunciare, domum evacuare, claves restituere, vel ritè deponere & protestari: ut post alios, tradidit Vincent. Carocius d. tract. locati & conduct. part. 3. t. de remission. mercedis. num. 47. & 51. p. 309. Denique agit conductor contra locatorem, ad hoc, ut impenas tum necessarias, tum utiles, in rem locatam factas restituat; aut conductorem, (ne ipsi suum officium sit detrimentosum) tollere eas patiat. dict. l. si quis domum. 9. §. 1. vers. idem quarit. dict. l. sed addes. 19. §. si inquilinus. §. l. dominus horreorum. §. 5. §. 1. l. cum in plures. 60. §. vehiculum. 8. cum l. seq. in pr. ff. locati. Cuiac. lib. 10. observ. c. 4. in fine. Cancerius part. 3. var. resol. jur. cap. 87. num. 80. fol. 151. Hinc vehementer contròvertitur: annè conductor sumptus, in rem conductam fructuum colligendorum causa factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei utilitatem facti sunt? Et (nil remorante negativâ opinione Pauli de Castro, in consil. 270. lib. 2.) affirmantium sententia verissima videtur. Etenim conductor repetere potest sumptus, qui cedunt in perpetuam utilitatem rei conductæ. d. l. dominus horreo-*

rum. §. 5. §. 1. & l. colonus. 61. in princ. ff. locati. Atqui tales sunt sumptus, de quibus hic agitur. Igitur conductor eos repetere poterit. Et ita docent Ruinus consil. 135. l. 3. Rolandus à Valle consil. 28. lib. 1. hosq; referens Fachinans lib. 1. controversiar. jur. cap. 85. & noviter Hunnius in resol. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 7. quest. 22. p. 1779.

Non infringit hanc sententiam, quòd sumptus illi, de quibus nunc quaritur, facti sint colligendorum fructuum gratià: & ideo conductori restitui non debeant, arg. l. sumptus. 48. ff. de rei vindicat. & l. fructus. 7. (alias l. divortio.) §. impendia. 16. ff. soluto mairimon. Hoc quippe intelligendum est de iis sumptibus, qui solummodo fiunt in fructuum perceptionem, veluti in arandum, serendum, & similia: non verò de illis sumptibus, qui simul spectant ad perpetuam rei utilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque ita sunt necessarii.

Sic quoque non obstat, quòd conductor sit obligatus ad omnia ea faciendâ, quæ pertinent ad utilitatem & culturam agri l. si merces. 25. §. conductor. 3. ff. locati. Falsum namque est, conductorem obligatum esse ad ejusmodi sumptus faciendos. Licet enim agrum colere teneatur: non tamen ad sumptus ingentes faciendos, quibus ille longè melior & pretiosior reddatur, adstringitur.

Similiter non adversatur, quòd conductor ipse uberiores fructus percipiat, si istiusmodi sumptus, qui ad perpetuam rei locatæ utilitatem pertinent, in rem conductam faciat, arg. l. 1. §. ult. ff. de aqua, & aqua pluviarum. Nam ratio habenda non est ejus utilitatis & commodi, quod conductor percipit occasione sumptuum, ad perpetuam utilitatem rei conductæ factorum: quia hoc commodum temporaneum est, & non perpetuum. Et si ratio ejus habenda esset: nunquam ejusmodi sumptus repeterentur, quia nunquam ferè accidere potest, ut res locata melior & pretiosior reddita, majora commoda & emolumenta non afferat: & tamen certum est, huiusmodi sumptus repeti posse: quoniam ipsa æquitas sua det, ut locator, qui ex illis perpetuam utilitatem percipiturus est, locupletior non efficiatur cum detrimento & jacturâ conductoris: & consequenter onus illud refundendorum sumptuum ipsi conductori, sustineat. l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur. Fachin. & Hunn. locis præallegatis.

Pro complemento huius loci quæri poterit: quis collectas & tributa solvere teneatur, locatorne, an verò conductor? Et cum certum sit, tributa, census & collectas ab iis solvi debere, qui rem jure proprio possident: rectè concluditur; locatorem qui solus possidet, teneri, & obligatum esse ad solvendas collectas & tributa, non autem conductorem, arg. l. 2. C. de annonis & tribut. l. Imperatores. 7. ff. de publicanis & vectigal. l. hi, penes quos. 4. ibique Bart. C. de agricol. & censit. Alex. consil. 35. num. 1. vol. 4. Iason. in l. fructus. 7. num. 14. ff. soluto mairim. & in l. 1. num. 30. & 32. C. de jur. emphyt. Nat. consil. 409. numero. 3. & seq. Bolog. consil. 54. Bellon. consil. 27. num. 9. & 10. Paris. consil. 25. num. 10. vol. 1. quos citat & sequitur Augustinus Morla prædicta part. 1. Emporii jur. t. 10. in præmissis. num. 37. Quibus adijciendus est Acacius Antonius de Ripoll. var. jur. resol. d. cap. 12. num. 255. fol. 400. ubi plures refert. Tamen si conductorem ad longum tempus, ad collectas & tributa (ad instar emphyteutæ. de quo infra §. 3. num. 392. & seqq.) teneri, post alios, quos citat, existimet Alvarus Valascus in tract. de jur. emphyt. quest. 17. num. 26. & seq. item Vincent Caroc. in tr. locati & conduct. part. 2. tit. de collectis. num. 7. pag. 134. & Caspar Klock in tract. nomico-polit. de contribut. c. 11. num. 164. cum seqq. fol. 238. & seqq. ubi pluribus id declarat. Vide quoque aliter sentientem D. Besoldum & Coburgerum in di. p. t. in a. generali, de expensis. conclus. 75. ubi pro se allegans Garf. de expens. & melior. c. 14. n. 18. & Pinel. in l. 1. C. de bonis matern. part. 2. n. 72. in ampliatis. 10. Vide item Doctorem Martiam tom. 4. digest. novissimor. tit. collect. c. 14. & seq. Vide denique Dn. Bocerum, qui relatis & refutatis variis Interpretum opinionibus, rationibus non contemnendis concludit: nullum regulariter conductorem, ad contributionum sive collectarum onus sustinendum, jure cogi posse,

in tract. de jure collectarum cap. 10. num. 18. & seqq. p. 139. cum multis seqq. Addenda quoque illa est quotidiana, & utilis quaestio: Quis pedagium solvere debeat; conductor, vel locator? Et ita quidam distinguunt: Aut ex capitulis publicanorum sunt distincta pedagagia, quae imponuntur animalibus portantibus, & rebus portatis: & tunc dominus muli vel navis solvet pro navi vel mulo, & dominus de rebus portatis. Aut verò non sunt distincta pedagagia; sed vectigal solvendum est pro summa portata super animali: & tunc dominus rei in solidum tenetur. l. cum in plures. 60. §. vehiculum. 8. ff. locati conducti. Bald. in l. acceptam. 19. in quest. 15. C. de usur. Imol. in c. indicante. 4. col. 3. de testament. eosq. referens. Carolus d. part. 2. tit. de vectigalibus. pag. 136.

§. Et quae supra diximus. I.

Et quae supra diximus, si alieno arbitrio precium permissum fuerit: eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quae de causa si fulloni polienda, curandave, ac sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit: non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio praescriptis verbis datur.

S U M M A R I A.

1. Ut in emptione certum precium, ita in locatione certa merces constitui debet.
2. Actio praescriptis verbis ex quo contractu datur.
3. Quatuor contractuum innominatorum genera.
4. Plura sunt negotia, quam vocabula.
5. Actiones, ex innominatis contractibus nascentes, quibus nominibus designentur.
6. Cur illa appellantur utiles in factum, & praescriptis verbis.
7. Actiones ordinariae sive directae olim non integris verbis, sed notis tantum in albo Praetoris proponebantur: actiones vero praescriptis verbis plenae & integris verbis à Praetore dabantur.
8. Huius diversitatis ratio.
9. Locatio nunquid uno nummo fieri possit.
10. Unus nummus precio opponitur.
11. Explicatur l. si ususfructus. 66. ff. de jure dot.
12. Perfecto locationis contractu, merces remitti potest.

1. **U**T in emptione & venditione precium debet esse certum: nec subsistit emptio & venditio hoc modo facta, quanti Titius rem aestimaverit sive arbitratus fuerit, Titio precium non definiente: ita in locatione & conductione certa merces debet constitui; nec valet locatio & conductio, mercede in arbitrium Titii collata, Titio mercedem non statuente. §. sed & certum. 1. §. titulus proximo. l. si merces 25. in princ. ff. locat. l. ult. C. de contrah. empt. & hoc §. nostro. Quare si fulloni polienda vestimenta, vel sarcinatori sarcienda, nulla certa mercede statim constituta, dederò: locatio & conductio non erit. Verum quia negotium civile inter nos gestum est, re tradita, acceptaque polienda, pro pactione nuda non habetur, sed est contractus, qui proprio nomine caret, ex quo datur actio in factum seu praescriptis verbis. l. juris gentium 7. §. 2. ff. de pact. l. si tibi polienda. 22. ff. de praescriptis verbis. Ubi eleganter Cuius sic distinguit: ut, si gratis vestimenta polienda dederim, contractus sit mandati: si mercede, si quidem protinus data, aut constituta, sit locatio: si vero postea constituenda mercede, sit contractus innominatus; hoc est, talis contractus, qui proprium & legitimum nomen non habet. Et huiusmodi innominati contractus ad quatuor tantum rediguntur genera: do, ut des: do, ut facias: facio, ut des: facio, ut facias. l. natur. 5. ff. de praescriptis verbis. &c. & expositum est §. in §. 1. tit. de obl. Cur autem hi contractus propriam ac certum nomen non habeant, sed circumscribantur, haec est ratio: quia natura rerum conditum est, & inductum; ut plura sint negotia, quam vocabula, auctore Ulpiano in l. natura. 4. ff. de praescriptis verbis. &c. Sane actiones quoque, quae ex innominatis sive incertis his contractibus nascuntur, nomine proprio vacant: & communi omnes vocabulo

trifariam appellantur: actiones utiles. l. cum nota 6. in fin. C. de transact. l. 1. C. de pact. conventis. l. quoties. 3. C. de donatione qua sub modo, &c. in factum l. 1. §. 1. & §. ult. l. si tibi rem. 13. in princ. l. duo. 23. ff. de praescriptis verbis. l. 1. §. 1. ff. de rer. permutat. & praescriptis verbis. l. 2. d. l. 5. §. 2. l. 7. l. 8. & passim. ff. de praescriptis verbis, & in factum actionibus. Et utiles quidem ideo nuncupantur: quia ad exemplum directarum, id est, nominatarum & utilitarum actionum comparatae sunt l. 1. C. de rerum permutat. D. Bocer. class. 1. Disp. 14. th. 29. ad lit. b. ed. 1. idq. latius explicabit. ad §. ult. infr. de lege Aquil. In factum verò dicuntur: quia ex facto ipso, & pro ratione novae conventionis verba concipiebantur: & denique factum ipsum Praetori exponebatur. Hotoman. hic enunciat. 4. Cujac. ad d. l. juris gent. 7. ff. de pact. Ratio porro, cur eadem actiones etiam vocitentur praescriptis verbis, hac probabiliter reddi poterit: quod actori per integra verba, non ut directae per notas, à Praetore praescriberentur. Exploratum enim est, olim actiones ordinarias sive directas, id est, ex contractibus nominatis seu certis, in albo Praetoris non integris verbis, sed notis tantum fuisse propositas. Verbi gratia: A. T. M. D. O. hoc est: ajo, te mihi dare oportere: quae est formula actionis in personam. Contra igitur actiones, quae non notis, sed plenae & integris verbis à Praetore dabantur & praescribebantur, actiones praescriptis verbis sunt nominatae. Caterum rationem, cur haec integris verbis, illae notis praescriberentur, hanc fuisse non inepte forsitan quis existimaverit: quod illae, utpote pervulgatae, usitatae, solennes & ordinariae, ex litera sive nota statim cognita essent: haec verò, ut incertae, non nisi ex facto, & aperta atque dilucida verborum praescriptione cognosci possent. Istarum notarum reliquias videre est apud Valerium Probum & Petrum Diaconum in libell. de notis Romanorum. Eadem de re videatur Gothofred. ad Rubr. tit. ff. de praescriptis verbis, &c. & Ritterhusius hic pag. 479.

Cum autem ex hoc §. indubitata constet; sine certa mercede locationem & conductionem non contrahi manifestum inde fit, eandem uno nummo factam, locationem non esse: sed imaginem tantum quandam locationis habere, & donationis instar inducere, l. si quis conduxerit. 46. locati. Unus siquidem nummus mercedi sive precio 10 opponitur. l. si quis ante. 10. §. fin. ff. de acquir. vel amitt. possess. Nec refragatur l. si ususfructus. 66. ff. de jure dot. 11 ubi dicitur, ususfructum mulieri uno nummo locari vel vendi posse à marito. Nam actus isti imaginarii tunc admittuntur, cum id hominum utilitas exigit; ad quam omnia referenda sunt, quaecunque jure & legibus continentur. Atqui in d. l. 66. summa utilitas versatur. In ea enim quaeritur de ususfructu restituendo, qui datus est in dotem marito ab extraneo. Difficilis est ratio huius restitutionis: quoniam nec domino proprietatis, nec mulieri cedi potest. Non domino: propterea quod marito ususfructum in dotem dedit; atque ideo & jus doti tributum, ut videlicet soluto matrimonio mulieri illa restituatur, intervertere nequit. Non mulieri; quia proprietaria non est: atque hinc petere non potest restitutionem ususfructus: quippe qui simul ac finitus est, non nisi ad dominum proprietatis revertitur. §. ult. §. de usufruct. Ne itaque regulae sibi invicem hoc casu obstant: necessitate ad hanc imaginariam locationem sive venditionem recursus est. Siquidem interventus nummi facit; ut maritus magis commoditatem fructuum percipiendorum, quam istum ususfructum transulisse videatur: & si ususfructus non secus reputatur, ac si eum maritus post divortium retineret. l. arborib. 12. §. usufructuarius. ff. de usufruct. Duarenus ad d. l. si quis ante. 10. ff. de acquir. vel amitt. possess. propè finem. Arumans Exercitat. Justin. 14. thes. 1. Paulus Berens. disput. 11. ad Institut. them. 2. quest. 1. Hunn. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 1. q. 3. p. 1078. pluresq. alii, relati ad princip. tit. supr. de empt. & vendit. n. 64. Verum quatenus in locatione merces uno nummo constituatur, uberius explanabimus in §. adeo. 3. infr. hoc tit. n. 246. Porro nihil impedit, quò minus, perfecto hoc locationis contractu, merces mox remitti possit: nec ob id contractus vitiatur. l. si tibi habitationem. 5. ff. locati conducti.

§. Præterea 2.

Præterea sicut vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur: ita quæri solebat de locatione & conductione, si fortè rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit: & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus: veluti, si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit: neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum: verum præscriptis verbis agendum est.

S U M M A R I A.

- 1 Quomodo emptio non rebus contrahitur, sic nec locatio.
- 2 Commodatum debet esse gratuitum.
- 3 Verum merces in locatione duntaxat in pecunia numeratâ, an verò in quavis re fungibili consistere possit.
- 4 Examinatur & discutitur l. si olei. 21. C. de locato.
- 5 Pœnitentia in contractu innominato locum habet.
- 6 Emptio & locatio quatenus iisdem juris regulis definiantur.
- 7 In quibus emptio & locatio differant.
- 8 In locatione an & quatenus dominium transeat ad conductorem.
- 9 Periculum rei vendita statim ad emptorem spectat: rei locata periculum ad conductorem non item.
- 10 Quatenus venditor rem venditam præcisè emptori tradere teneatur.
- 11 Quædam locari, non autem vendi possunt: & contra.
- 12 Consideratio l. 1. §. si quis servum ff. de positi.
- 13 Pecunia appellatione quid contineatur.
- 14 Sensus & expositio l. naturalis. §. §. at cum do. ff. de præscript.
- 15 Consideratio l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. (verbis).
- 16 Instantia occurritur.
- 17 An, si aliquis mulierem vehendam navì conduxisset, deinde in navì infans ex eâ natus fuisset: ille ipsi nauta, pro vecturâ istius pueri, speciatim quidolvere teneatur.

Sicut emptio non rebus sive rerum permutatione contrahitur, sic nec locatio: & velut ibi aliud merx est, aliud precium: ita hîc aliud rem locatam, aliud mercedem esse convenit. l. 1. ff. de rer. permutat. In facti autem contingentia, cujus Justinianus hîc meminit, locati actio ideo non competit: quia certa merces non est constituta, sed permutatus rerum usus: neque etiam commodati agi potest; quoniam commodatum gratuitum esse debet. §. item is, cui res aliqua. 2. in fine. f. quib. mod. re contrah. oblig. At propositum negotium non est gratuitum. Neque enim ego tibi gratis meum commodavi bovem per decem dies, sed eâ lege, ut tuum mihi bovem decem dies vicissim commodares. Tu similiter non commodasti mihi tuum bovem gratis: sed propterea id fecisti, quod ego jam ante tibi meum bovem eâ lege commodavi, ut mihi tuum vicissim commodares. Cum ergo deficient hîc vulgaris & usitata actionum nomina: si bos apud alterum culpâ alterius perierit, præscriptis verbis experiendum erit, l. 1. 2. 3. & l. si gratuitam. 17. §. si cum unum. 3. ff. de præscriptis verbis, &c.

Et si verò mercedem in locatione plerique Doctores in pecuniâ tantum numeratâ, ut precium in emptione, consistere debere opinantur: Accursus, Bartol. & alii in l. 1. §. si quis servum. ff. de positi. & in l. naturalis. §. §. at cum do. ff. de præscript. verb. & in l. si olei. 21. C. de locato. Gomez. tom. 2. var. resol. c. 3. n. 3. Mozzus in tr. de loc. & conduct. tit. de substantial. loc. & conduct. n. 13. Ferrar. in forma libelli, quo agitur ad facti præstat. & rei relax. verb. florenos. n. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 6. p. 152. n. 50. & de præscript. verb. c. 4. Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 82. Balduinus Kling. Schneidev. Mynfinger. Egumarius Baro, Giphanius, Schilbock, Marcius, Thadeus Pifo, Wolfius, & alii in hoc §. nostro. Oldendorp. in progymnasmat. act. forens. class. 4. act. 9. Timæus Faber disp. anniverfar. 24. ad Instit. Imper. th. 6. D. Besold. in delibat.

jur. ex lib. 19. ff. q. 3. p. 29. Maullius in tract. de loc. conduct. tit. 3. n. 6. Justin. Schütz exercit. jur. disp. 16. th. 12. lit. C. p. 251. cum seq. Armaus Exercitat. Justin. 14. th. 10. Forsterus lib. 3. Disp. 18. th. 8. Locamer. quest. juridic. fascic. 39. quest. 2. Schröterus decad. 8. diatrib. domesticar. q. 4. Bachovius hic n. 1. p. 807. & in suis not. ad vol. 1. Trentler. disput. 29. thes. 3. lit. g. pag. 1109. & inibi Hunnius quest. 12. pag. 1761. cum seqq. itemque lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 2. p. 1119. cum seqq. & in hoc §. nostro: ego tamen cum Neotericis nonnullis putarim verius esse: mercedem non solum in numeratâ pecuniâ, sed in quavis etiam re aliâ fungibili (quæ scilicet pondere, numero, mensurâve constat) consistere posse. Hæcque sententia primò probatur ex l. & hac distinctio. 35. ff. locati. Ex cujus legis finalibus verbis aperte colligitur: tunc etiam conductionem esse, quando fructus mercedis causa præstantur. Deinde ex l. licet. 8. C. de locato. ubi verba illa, certis annuis quantitatibus, in plurali numero posita perspicue ostendunt: mercedem non solum in pecuniâ numeratâ, sed aliâ qualibet quantitate constitui posse. Tum ex d. l. si olei. 21. C. eod. ubi certa mensura olei pro mercede est constituta, & nihilo tamen minus locatio contracta esse dicitur. Idque necessario ex illis evincitur verbis, quibus affirmatur, conventionem istam bonæ fidei esse. Non potest autem esse bonæ fidei, si est contractus innominatus; do ut des: ut Dd. vulgò, sed malè, sentiunt. Sequitur ergo, nominatum esse contractum; adeoque id genus conventionis ad locationem referendum esse. Quod evidenter etiam arguunt illa legis verba, si locasti: ut taceam, id omnino exigere titulum, sub quo lex est collocata, qui de locato inscribitur. Sed & in eadem lege rescribitur: non posse amplius ab eo contractu recedi. Quod rursus argumentum præbet certissimum; conventionem illam contractum nominatum, & consequenter veram locationem esse. Si enim contractus esset innominatus: pœnitentia locum haberet, re adhuc integrâ, juxta l. si pecuniam. §. ff. de conducti causa. dat. causi non sec. Denique eodem non parum faciunt l. sed addes. 1. §. si dominus. 3. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. loc. & l. si pastenda 8. C. de pactis.

Non obstat huic sententiæ, quod dicitur in princ. hujus tit. & in l. 2. ff. locati. emptionem & locationem iisdem juris regulis consistere sive definiri. Jam verò in emptione precium tantum in pecuniâ numeratâ constituendum est. §. item precium. 2. f. tit. proximo. l. 1. §. 1. ff. de contrah. empt. Idem igitur in locatione dicendum: ut videlicet non in re aliâ, quam pecuniâ numeratâ merces constitui possit. Non obstat, inquam. Nam confertur ibi emptio cum locatione secundum quid, non simpliciter; nimirum duntaxat quoad modum perficiendi. Ut enim emptio & venditio perfecta censetur, quam primum de precio convenerit: ita etiam locatio & conductio perfecta intelligitur, si merces constituta sit. Et ut rem planius exponam; locatio & venditio iisdem quidem regulis in genere definiuntur, sed non in omnibus individuis. Alias etenim, si per omnia idem jus in locatione esset, quod in venditione; unus idemque contractus esset locatio & venditio: quia quæ nihil differunt, unum ac idem sunt. Emptio itaque & locatio iisdem juris regulis consistunt, quatenus scilicet id utriusque contractus par ratio & natura patitur. Multæ siquidem sunt juris regulæ, quæ utrique pariter convenire nullo modo possunt. I. in emptione precium; in locatione merces intervenit, ut patet ex d. l. 2. ff. locati. & principio hujus tituli. II. In emptione transit possessio; & si venditor est dominus, etiam dominium: si non est dominus, jus & potestas habendi, aut conditio usucapiendi. l. 1. ff. de rer. permutat. l. cum manu. 80. §. ult. ff. de contrah. empt. l. ex empto. 11. §. & in primis. 2. l. servus. 30. §. si sciens 1. ff. de actionib. empti. l. 2. & tot. tit. ff. pro emptore. In locatione tantum usus transit ad conductorem; non verò possessio, & multò minus dominium l. non solet. 39. & l. cum in plures. 60. §. 1. ff. locati. l. convenit. 65. ff. de contrah. empti. l. non solum. 32. §. quod vulgò. 1. ff. de usurpat. & usuc. & fusius explicat. ad §. 3. infr. hoc tit. n. 97. & seq. Quamvis

vis ex accidenti (non ex naturâ locationis) quandoque fiat, ut & in locatione dominium mutetur: veluti cum agitur, ut non eadem, sed ejusdem generis, res addatur. *l. in navem Sanfeij. 31. ff. locati. quam legem egregiè explicuit Cujac. lib. 7. observat. cap. 39. & Vultejus in princ. hujus tituli. num. 15.* III. Periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet. *§. cum autem emptio. 3. ff. tit. precedent. l. id, quod post. 7. l. necessariò. 8. l. si vendita. 11. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. quod saepe. 35. §. si res. ff. de contrah. empt. l. 1. 4. & §. Cod. de peric. & commod. rei vendit.* At non æquè rei locatæ periculum ad conductorem spectat. *l. si quis domum. 9. §. si colonis. 3. cum §. seq. l. ex conducto. 15. §. 2. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati.* IV. Venditor rem ipsam venditam præcisè tenetur emptori tradere, si ejus tradendæ facultatem habet. *l. ex emptio. 11. §. 2. ff. de actionib. empti. §. alia autem. 2. vers. & ad exemplum. ff. de donationib. l. non est probabilis. 6. C. de rescind. vend. Pinelus in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. n. 25. Bocer. in tract. de investitura feud. cap. 2. num. 27. & seqq. pluresque alii, quos citavimus ad princip. tit. n. 48. supr. de empt. & vend. item in parte poster. Disputationum nostrarum. Disput. 9. de empt. & vend. thes. 8.* Locator autem non raro à præstatione rei liberatur. *l. ade. 3. C. de locato.* V. Emptioni fit satis, si res semel tradatur: nec amplius ex empto eo nomine agi potest. *l. qui pendente. 25. in fine. ff. de actionib. empti. l. ab emptione. 58. ff. de pact.* Ast ex conducto sæpius potest agi, ut res tradatur, nempe quoties ea frui non licet *d. l. si quis domum. 9. d. l. ex conducto. 15. §. 1. ff. locati.* VI. Quædam locari possunt, non autem vendi: ut res alienari prohibitæ. Et rursus quædam vendi possunt, non item locari: ut servitutis jus vendi potest: locari verò non potest. *l. locare servitutem. 44. ff. eod. De his, ceterisq; inter emptionem & locationem differentiis Balduinus & Mynsinger. hic, num. 4. aliq; Interpretes tractant.* 12. Præterea nostram assertionem non frangit *d. l. 1. §. si quis servum. 9. ff. de positi.* ubi Ulpianus asserere videtur, locationem non esse, quando pecunia non intervenit. Pecunia namque verbum in illo textu non strictè pro pecuniâ numeratâ, sed pro aliâ re quavis aut saltem pro re fungibili, est positum, ut accipitur in *l. 2. §. 1. juncto §. creditum. vers. item mutuum. ff. de reb. cred.* Pecuniæ enim verbum, non solum numeratam pecuniam complectitur: verum omnem omnino pecuniam, hoc est, omnia corpora. Nam corpora quoque pecuniæ appellatione contineri, nemo est, qui ambigat, inquit IC. in *l. pecun. 178. & 222. ff. de verb. signif.* Pecuniam igitur sic generaliter acceptam Ulpianus in *d. §. si quis servum.* ad mercedem locationis necessariam esse dicit, & ex adverso haud obscurè ostendit; ubi non pecunia, sed factum aliquod præstatur, non posse factum istud pro mercede haberi: & consequenter locationem non contractam censerî. Hucque referantur annotata ad *§. præterea. 3. n. 86. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* 14. Eandem quoque conclusionem non evertit *f. allegata l. naturalis. §. §. at cum de. 2. ff. de præscriptis verbis.* ubi Paulus apertis verbis in locatione pecuniam requirit: & ne quis fortè priori responsione utatur, & dicat, pecuniam ibi in genere, pro quibuscunque rebus in quantitate consistentibus, accipi: subdit JCtus, pecuniam requiri, sicut in venditione: in quâ pecuniam requiri numeratam, nullum est dubium. *d. §. item precium. 2. ff. tit. proxime precedente.* Etenim respondetur: similitudinem illic inter locationem & emptionem non per omnia institui: sed hunc esse ejus loci sensum: sicut conventionem certæ mercis & pecuniæ emptio contrahitur: ita ex conventionem pecuniæ dandæ pro facto, quod locari solet, locatio resultat. Non autem ibidem dicitur, quod pecunia numerata sit de substantiâ locationis: sed quod uterque contractus solâ conventionem contrahatur: emptio scilicet, si de merce & pretio convenit; locatio verò, si de pecuniâ dandâ pro facto, quod locari consuevit, convenit. In hoc tantum casu hi duo contractus conferuntur, non in aliis: atque adeò utrûm sicut in emptione est pecunia numerata, ita etiam in locatione esse debeat, ibi

non explicatur. Idque uberius explicat Vultejus in principio hujus tit. num. 21.

Denique non officit huic decisioni *l. insulam. 6. ff. de præscript. verb.* ubi Neratius in hæc verba scribit: *Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeret, vendidi: respondit, nullam esse venditionem: sed civili intentione incerti agendum est.* Unde evinci posse videtur, locationem ibi non fuisse, eo quod merces in pecuniâ numeratâ non fuerit: maximè attentâ receptâ regulâ, quæ ex eâ colligitur, ut nomen à partibus expressum non attendatur, sed qualitas conventionis. Non, inquam, lex illa officit, Tum quia JC. ibi principaliter intendit, non esse attendendum nomen conventionis, à partibus expressum. Tum quia forsan ex nomine venditionis, à contrahentibus expresso, perspicitur: eos de locatione non agere: & ideò in dubio censetur contractus innominatus, juxta *l. 1. versic. quotiens. ff. de æstimatoriâ act.* Tum etiam quia in ista lege non resultavit locatio, propterea quod non constabat, artificem esse eum, qui ad refectio-nem insulæ obligatur. Si quispiam dixerit, hoc divinatorium esse: replicari poterit; non minus divinatorium esse intelligere, quod artifex esset: & multò majorem esse numerum non artificum. Si instet aliquis: ad quid ergo obligaretur, si artifex non esset? Respondetur: eum obligari ad reficiendum per artifices curâ & expensis propriis, *arg. l. fideicommissa. 11. §. ultim. ff. de legat. 3.* Et hanc sententiam, utpote juris rationibus magis consonam, contra communem probat & amplectitur, post *Sacietum. num. 2. in d. l. si olei. 21. C. de locato.* Corasius *lib. 2. Miscellan. jur. cap. 11.* Quem sequuntur Arius Pinelus in *Commentar. ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. Rubr. c. 3. num. 28. & seqq. Wesenbec. in paratit. ff. locati. num. 7. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 11. num. 1. Vultejus num. 18. Heigius num. 16. & Anton. Matth. in princip. hujus tit. D. Bocer. in Commentar. ad l. contract. 23. ff. de reg. jur. c. 4. num. 90. edit. 2. pag. 173. cum seq. Pacius in *Eptom. jur. Disp. 14. th. 23. lit. b. Cujac. tract. 8. ad African. in explicat. leg. & hac distinctio. 35. §. 1. ff. locati. Paulus Berens. disput. 11. ad Instit. them. 2. quæst. 2. Ungepaar. exercit. Justin. 12. quæst. 5. in nego. p. 455. cum seq. edit. ult. Bronchorst. cent. 1. ἐναγιοφάρων. assert. 94. edit. 1. Menoch. remed. 3. adipiscend. possess. num. 93. Borcholt. de pact. c. ult. n. 16. Treutler. d. disput. 29. vol. 1. th. 3. lit. g. Hackelman. illustr. quæst. Disp. 11. thes. 11. lit. e. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 73. Plebst. Disp. 2. de jure topico Würtemb. th. 51. lit. b. Schegkhus in *delibatis jur. Disput. 18. th. 51. lit. b. Hænonius quæst. seu controvers. juris illustr. Disp. 16. contr. 16. Roberus Disp. 17. th. 7. Knipschildt exercit. Acad. 9. quæst. 1. pag. 321. cum seq. Petrus Augustinus Morla in *Emporio juris utriusq; part. 1. tit. 10. de locato & conducto. in præmissis. num. 5. aliq; per hunc relati.* Vide istam controversiam distinctione inter locationem fruendi & faciendi explicantem Gregorium Lopez. *lib. sing. animadvers. jur. civil. c. 15. num. 4. Hilligerum in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 6. sub lit. l. & H. hosque laudantem Riemerum, decad. 11. quæst. illustr. 1. num. 3.****

Illud quasi *αἰγέγως* hic quæritur: si quispiam mulierem vehendam navi conduxisset; deinde in navi infans ex eâ muliere natus fuisset: an ille sit obstrictus nautæ, ut ipsi pro vecturâ istius pueri speciatim aliquid solvat? Quod negandum reor: Tum quia & ante partum in ipsa navi fuit infans, ut ita nihil novi oneris intulisse, sed illatum quodammodo transportasse mulier existimetur. Tum quia neque vectura infantis magna est, neque his omnibus utitur, quæ ad navigantium usum parantur. *l. sed addes. 19. §. si quis mulierem. 7. ff. locati.* Idem dicendum est, si è contrario in navi aliquis sit mortuus: siquidem nec pro eo vectura debetur. *l. fin. in princ. ff. ad l. Rhod de jact. Gothofred. ad dict. l. 19. §. 7. ff. locati. Math. Stephani, dict. cent. 3. sub quæstion. 73. in fin. ubi allegat etiam Franciscum Pful, cent. 1. resp. 53.*

S. Aded autem. 3.

Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio: ut in quibusdam causis quæri solet, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive redditus pro his domino præsteretur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuius conductor, heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliòve quocunque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuscos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus. Sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum: tunc, siquidem totius rei interitus accesserit: ad dominum super hoc redundare periculum. Sin autem particularis: ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire: quo jure utimur.

SUMMARI A.

- 1 Emphyteusis unde derivetur.
- 2 Emphyteusis in quibus rebus locum habeat: & n. 8. & 88. & 138. & seqq.
- 3 Emphyteuta quis, & jus, quod habet, quomodo appelletur: & num. 94.
- 4 Definitio emphyteuscos, ejusque accurata & diligens explicatio.
- 5 Proprium contractus est, sua vi ac virtute obligationem parere.
- 6 Olim Emphyteusis quibusdam jurisconsultis emptio, aliis vero locatio videbatur.
- 7 Emphyteusis in quibus differat à locatione.
- 8 Locatio etiam in rebus mobilibus; emphyteusis tantum in immobilibus constituitur: & num. 138.
- 9 Emphyteuta servitutem fundo emphyteutico imponere potest: non item conductor rei locata.
- 10 Conductor mercedem in compensationem usus: emphyteuta vero canonem in recognitionem domini solvit, & n. 113.
- 11 Quomodo emphyteusis distat & distinguatur ab emptione.
- 12 Qua res in emptionem veniant, & per eam quid transferatur.
- 13 Pretium in emptione consistit solum in pecunia numerata: at pensio in emphyteusi, etiam in quantitate constitui potest.
- 14 D. Bocerii argumenta, negantis emphyteusin contractum esse, referuntur & confutantur.
- 15 Quibus modis emphyteusis constituatur.
- 16 Emphyteuscos nomine quid significetur.
- 17 Emphyteusin esse contractum juris gentium, demonstratur.
- 18 Ad appellationem juris gentium quid requiratur.
- 19 Jus gentium quid sit.
- 20 Apud quos populos contractus emphyteuticus in usu fuerit.
- 21 Contractus emphyteuticus Sibylla Cumanà antiquior.
- 22 Emptio & locatio juris gentium annumeratur.
- 23 Contractus omnes quo jure introducti.
- 24 Regula standum, donec de exceptione doceatur.
- 25 Qui contractus sint juris civilis.
- 26 Zeno Imp. quid contractui emphyteutico tribuerit.
- 27 Nomen non dat esse rei; sed exprimit, quod jam in rerum natura existit.
- 28 Emptio & ceteri contractus nominati solo nomine concipiuntur & perficiuntur: contractus innominati non aequè.
- 29 Omnis dispositio juxta disponentis consuetudinem interpretanda.
- 30 Dispositio interpretans secundum terminos interpretata intelligenda.
- 31 Num per vocabulum Conceptionis (in l. l. C. de jur. emphyt.) scriptura significetur.
- 32 Quatenus emphyteusis (in d. l. l. C. eod. t.) dicatur iustus & validus contractus.
- 33 Declarans rem, cui assimiletur.
- 34 Verba hujus §. (ac si naturalis esset contractus) quomodo accipienda.
- 35 Pacta naturam contractibus tribuunt. (da.)

- 36 Quoties juris gentium quid additur, vel detrakitur: juscivile efficitur.
- 37 Substantia contractus & cujusque rei in jure quid sit.
- 38 Natura contractus quid.
- 39 Ut accedens est vel separabile, vel inseparabile: ita & in jure natura alicujus rei alia est separabilis, alia inseparabilis.
- 40 De substantia, itemque de natura emphyteuscos qua sint.
- 41 Quacunque contractui adjiciuntur, ejusdem natura & qualitatis censentur.
- 42 Qualitates siue accidentia substantiam rei non mutant, aut alterant.
- 43 A potentiori facienda denominatio.
- 44 Cur emphyteusis sit contractus nominatus.
- 45 Quatuor contractus innominati.
- 46 Ex contractibus nominatis propria & specialis competit actio.
- 47 Ex contractu emphyteutico competit actio emphyteutica.
- 48 Pænitentia an & quatenus tum in nominatis, tum innominatis contractibus locum inveniat.
- 49 Quare emphyteusis sit contractus bona fidei.
- 50 Mixta sapiunt naturam suorum simplicium.
- 51 Pacta contractibus stricti juris apposta, tantum ad excipiendum prosunt, non ad agendum.
- 52 Qui contractus bona fidei censentur.
- 53 An & quatenus omnes bona fidei contractus continentur in §. actionum. 28. Instit. de actionib.
- 54 Non verba tantum, sed sententia legis spectanda.
- 55 Emphyteusis cur solo consensu perficiatur.
- 56 Nunquid ad contractus emphyteutici substantiam traditio requiratur.
- 57 An scriptura ad ejusdem contractus substantiam præcisè sit necessaria.
- 58 Scriptura ad rei gesta fidem necessariò non exigitur.
- 59 Regula adharendum, donec exceptio probeatur.
- 60 Argumentum à feudo ad emphyteusin validum.
- 61 In feudali contractu scriptura non omnino desideratur.
- 62 Inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque magna similitudo & familiaritas.
- 63 Pacta servari custodiriq. debent.
- 64 In perpetua rei ecclesiastica emphyteusi scriptura necessaria: in temporanea non item.
- 65 Consideratio & sententia Nov. 7. in præfat.
- 66 Reprehenditur Cacheranus.
- 67 Scriptura frequenter in contractu emphyteutico adhibetur.
- 68 Refellitur D. Bocerius existimans: per monumentorum gesta tantum significari publicam scripturam.
- 69 Generali monumenti appellatione quid comprehendatur.
- 70 Consideratio l. census. 10. ff. de probationib.
- 71 Consuetudo optima legum interpret.
- 72 Opiniò à consuetudine approbata standum.
- 73 Ablativorum absolutorum natura & proprietas.
- 74 Condicio ad unguem servanda est, nec per aequipollens adimpleri debet.
- 75 Dos pacto nudo constituitur.
- 76 Pactorum conventio absque scriptura subsistit.
- 77 Absurditas evitanda.
- 78 Ablativus absolute positi non semper conditionem inducunt.
- 79 Argumentum à contrario sensu quando non procedat.
- 80 Scriptura cur fiant.
- 81 Contractus emphyteuticus quomodo probeatur.
- 82 Ex præstatione canonis iste contractus presumitur: ibiq. quam in re, differentia specifica & forma contractus emphyteutici consistat, demonstratur.
- 83 Verum in distractu, per quem ab emphyteusi constituta receditur, scriptura desideretur.
- 84 Qua solennitas requiritur in contrahendo, requiritur etiam in dissolvendo.
- 85 Emphyteusis à domino constituitur.
- 86 Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.
- 87 Dominus quis hic intelligatur.
- 88 Contractus emphyteuticus tantum locum habet in prædiis.
- 89 Vusufructus etiam in rebus mobilibus consistit.
- 90 Agri vectigales, & agri emphyteuticarii qui dicantur.
- 91 Quorum definitiones eadem sunt: ea quoque inter se esse eandem oportet.
- 92 Prima va contractus emphyteutici natura.
- 93 Emphyteusis in dubio perpetua judicatur.
- 94 Ius emphyteuticum quibus nominibus designetur.
- 95 Emphyteusis etiam ad tempus concedi potest.
- 96 Naturalibus alicujus contractus mutatis, substantia ipsius non subvertitur.
- 97 Ecquid locatio ad longum tempus facta, in emphyteusin degeneret.
- 98 Propria conventionis forma contractus ab invicem distinguuntur.
- 99 Locationis natura qua. (cur.)
- 100 Consideratio l. qui rem propriam. 20. C. de locato.
- 101 Sententia l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superficiebus.
- 102 Utiles in rem actiones cur ita dicantur.
- 103 Cur ex locatione, ad longum tempus facta, detur in rem utilis actio.
- 104 Pensio emphyteutica quomodo appelliteretur. (Hb)

- 105 *Annua pensione contractus emphyteuticus ab aliis discernitur.*
 106 *Num pensio emphyteutica in sola numerata pecunia, an etiam in re alia, consistat.*
 107 *In emptione venditione precium in sola pecunia numerata solvendum.*
 108 *Explanatio l. penult. C. de diversis pradiis urban. & rusticis templor.*
 109 *Pecunia nervus belli.*
 110 *An dominus, si ei emphyteuta pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, eam recipere cogatur.*
 111 *Pensio emphyteutica, in fine cuiusque anni integra solvenda.*
 112 *An & quatenus emphyteuta canonem suis sumptibus ad ades domini portare teneatur.*
 113 *Emphyteuta principaliter, in domini recognitionem, canonem praestat.*
 114 *Finis emphyteusos.*
 115 *Emphyteusis quare dicatur melioratio.*
 116 *Conductor, male in re conducta versans, expelli potest.*
 117 *Emphyteuta similis est fructuario.*
 118 *Ad constitutionem emphyteusos quid requiratur.*
 119 *Emphyteusis quatuorplex.*
 120 *Emphyteusis civilis siue secularis quid.*
 121 *Ecclesiastica emphyteusis qua.*
 122 *Emphyteusis nova qua: qua item antiqua.*
 123 *Qui emphyteusin constituere possint.*
 124 *Quilibet rerum suarum moderator & arbiter: & num. 210.*
 125 *Cui licet, quod majus est; ei etiam minus licebit.*
 126 *An pupillus & minor pradia sua in emphyteusin alieni dare possint.*
 127 *Fundo pupilli seu minoris servitus imponi nequit.*
 128 *An minor 25. annis, curatorem habens, sine ejus consensu emphyteusin promittendo efficaciter obligetur.*
 129 *Adolescentes pradia sua nullo modo, sine decreto, alienare possunt.*
 130 *Minor, curatorem habens, non absimilis est prodigo.*
 131 *Stipulatio omnibus contractibus adhibetur.*
 132 *Interpretatio, leges elusorias reddens; fugienda est.*
 133 *Declaratio l. puberes, 101. ff. de verb. obligat.*
 134 *Num pupillus & minor, sine auctoritate tutoris & curatoris, pradium aliquod in emphyteusin accipere valeant.*
 135 *Contractus emphyteuticus an & quatenus sit causa lucrativa.*
 136 *Prestatio annua inter immobilia computatur.*
 137 *Quando minor contractum approbare queat.*
 138 *Qua in re emphyteusis constituatur.*
 139 *Ecquid agri fertiles & culti in emphyteusin concedantur.*
 140 *An etiam pradia urbana in emphyteusin deduci possint.*
 141 *Aedes vestigiales qua appellantur.*
 142 *Hunnii opinatio rejicitur: ut & D. Boceri.*
 143 *Res non solum immobiles, sed & solo coherentes, una cum solo in emphyteusin dantur.*
 144 *Qua res solo coherere dicantur.*
 145 *Multa accessorie permittuntur, qua principaliter prohibentur.*
 146 *Vtrum arbores in emphyteusin concedi possint.*
 147 *Aliud est jus emphyteuticum aliud jus superficiarium.*
 148 *Oliveto vel vinea in emphyteusin data, ipsum quoque solum datum putatur.*
 149 *Num fundo simpliciter, pro dimidia parte in emphyteusin dato, arbores etiam partis dimidia contineantur.*
 150 *Arbores pars soli censentur.*
 151 *Nunquid feudi in emphyteusin concessio valeat.*
 152 *Concessio in emphyteusin est alienatio.*
 153 *Omnis feudi alienatio prohibita.*
 154 *Feudum improprium in quibus natura feudi proprii sequatur.*
 155 *Cur subinfudatio sine consensu domini sit licita: non vero datio in emphyteusin.*
 156 *Cur vasallus res feudales in emphyteusin tradere queat.*
 157 *An concessio emphyteutica teneat, si vasallus rem feudalem ea lege in emphyteusin concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat.*
 158 *Venditio, qua agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit.*
 159 *Commoditas fructuum, qua ad longum tempus transfertur, pro vera alienatione in materia prohibitiva habetur.*
 160 *Ecquid bona majoratus in emphyteusin recte concedantur.*
 161 *Resoluto jure datoris, resolvitur jus acceptoris: & n. 371.*
 162 *Bonorum majoratus in perpetuam emphyteusin facta concessio, an & quatenus valeat.*
 163 *Utile per inutile in separabilibus non vitiatur.*
 164 *Res Ecclesiae, sine legitimis solennitatibus, in perpetuam emphyteusin, etiam bene de Ecclesia merito, concedi nequeunt.*
 165 *Idque procedit, etiam si fundus sterilis, vel saxosus; secus, si exiguus, vel ultra hominum memoriam incultus fuerit.*
 166 *Vtrum rei ecclesiastica in emphyteusin datio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesia utilitate conjuncta sit.*
 167 *Pupillus sine tutoris auctoritate hereditatem, quantumvis lucrosam, adire nequit.*
 168 *Sensus & intellectus l. non eo minus, 14. C. de procuratoribus.*
 169 *Acceptilatio, cum pupillo sine auctoritate tutoris facta, valet.*
 170 *Enodatio l. cum hi, quibus, 8. §. cum transactionem, 6. ff. de transactione.*
 171 *Si constitutio emphyteusos, ob defectum consensus capituli sive Papa, irrita dicatur, ratihabitione ipsius valida efficitur.*
 172 *An Pontifex sua ratificatione emphyteuticam concessionem adeo roborare queat, ut emphyteuta in vitium emphyteusis habere cogatur.*
 173 *Vsfructuarius, invito domino, usum fructum relinquere potest.*
 174 *Vasallus sine domini voluntate, recte feudum refutat.*
 175 *Favori suo renunciare cuilibet permittitur.*
 176 *Solenni actibus legitimis adhibitis, res Ecclesiae in emphyteusin ita dari possunt, ut etiam ad extraneos ipsius emphyteutae heredes emphyteusis illa transeat.*
 177 *Consideratio Novell. 7. c. 3. in princ. & n. 186.*
 178 *Emphyteusis ecclesiastica ad extraneos heredes transit, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus.*
 179 *Particula, quibuscunque omnes omnino complectitur.*
 180 *Nunquid emphyteusis ecclesiastica Titio, ejusque heredibus simpliciter concessa, etiam ad extraneos Titii heredes descendat.*
 181 *Heredis nomen generale, extraneos quoque heredes continet.*
 182 *Paciscens, quibuscunque heredibus suis pacisci intelligitur.*
 183 *Servatis debitis solennitatibus, res ecclesiastica licite alienatur.*
 184 *Genuina emphyteusos ecclesiastica natura.*
 185 *Quavis emphyteusis sui naturae est perpetua.*
 186 *Explicatur Novell. 7. c. 3.*
 187 *Naturalia cuiusque rei, per se inesse creduntur.*
 188 *Emphyteusis Ecclesiastica in perpetuum alicui tribui potest.*
 189 *Emphyteusis ecclesiastica, absque mentione heredum data, an ad tertiam duntaxat generationem concessa praesumatur.*
 190 *Heres una persona cum defuncto reputatur.*
 191 *An & quatenus praelatus rem ecclesiasticam, in emphyteusin dari solitam, ad ecclesiam reversam, sine legitimis solennitatibus, alicui in emphyteusin dare possit.*
 192 *Emphyteusis prius singulari persona data: postea civitati vel potentiori dari nequit.*
 193 *Civitas aut Collegium nunquam mori intelligitur.*
 194 *Difficilius lis potentiori, quam homini plebeio intenditur.*
 195 *Si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: illam praelatus in perpetuum alicui concedere non poterit.*
 196 *Num praelatus rem emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, consanguineis suis denuo in emphyteusin tradere valeat.*
 197 *Redarguitur Panormitanus.*
 198 *Consideratur c. relatum, 12. §. licet de testament.*
 199 *Praelatus rerum ecclesiasticarum usufructuarius censetur.*
 200 *Consuetudo stricti juris est, nec de casu ad casum extenditur.*
 201 *Exponitur c. dilecto filio, 25. in princ. de prabend.*
 202 *Prabenda cur inventa.*
 203 *Prima liberalitas, circa proximos operari debet.*
 204 *Enarratur c. 1. de investitura vet. & novi benef. vers. ult. tit. 91. l. 2. f.*
 205 *Argumentum a contrario sensu quando non procedat.*
 206 *Identitas rationis fortior est argumento a contrario sensu.*
 207 *Alienatio bonorum Ecclesiae, a praelato in consanguineum facta, an & quatenus ad fraudandam Ecclesiam interposita videatur.*
 208 *Vtrum dominus emphyteusin, ad certam generationem datam, ea finita, proximis emphyteuta cognatis deferre & renovare teneatur.*
 209 *Nemo compelli potest, ut certo alicui locet vel vendat.*
 210 *Sua quisque rei moderator & arbiter.*
 211 *Explanatur l. 1. C. de metallariis, & metallis.*
 212 *Consideratur l. si in emptionem, 35. ff. de minorib.*
 213 *Enodatur l. congruit, 4. C. de locat. pradior. civil. & c.*
 214 *Conductores rerum fiscalium quando post finitam conductionem, de novo conducere compellantur.*
 215 *Discutitur l. 1. §. permittitur 41. ff. de aq. quotid. & ast.*
 216 *Intellectus l. 1. ff. de privileg. credit. & l. Imperator, 60. ff. de patris.*
 217 *Sensus l. jubemus, 3. §. & filios advocatorum, C. de advocat. divers. judicium.*
 218 *Vtrum rei ecclesiastica, in emphyteusin concedi solita concessio, non plane consueto modo interposita, omni modo censetur inutilis, an vero valeat, quatenus fieri potuit.*
 219 *Quatenus utile per inutile non vitiatur: & num. 227.*
 220 *Tot putantur esse concessionem, quot sunt generationes.*
 221 *An vasallus, si feudum, quod possidet, alia lege, quam ipse habet, alii concesserit, illud amittat.*
 222 *Opinio, ultimo loco relata, approbata intelligitur.*
 223 *Sententia c. un. in extravagantib. communib. tit. de reb. Eccles. non alienand.*
 224 *Examinatur Novell. 7. c. 3. in fin. princ. & c. 7.*
 225 *Mens Clement. 1. vers. si quis autem, de reb. Eccles. non alienand.*
 226 *Interpretatio l. si non fortem, 26. §. si centum, ff. de condict. indob.*
 227 *Limitatio praecedentis conclusionis.*
 228 *Quibus modis emphyteusis constituatur.*
 229 *Quomodo constituatur recte ultima voluntate.*
 230 *Pater uni ex filiis emphyteusin suam testamento relinquere potest.*
 231 *Qua actione emphyteusis testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis.*
 232 *Prescriptione quomodo emphyteusis acquiratur.*

- 233 Feudum 30. annis praescribitur.
 234 Pactionibus quomodo constituatur ius emphyteuticum.
 235 An de substantia contractus emphyteutici sit, ut ultra pensionem certa quantitas, pro introitu contractus, ab emphyteuta domino solvatur.
 236 Non plus ad formam alicuius actus exigendum est, quam lex ipsa exigit.
 237 Nulla emptio sine precio consistit.
 238 In quo potissimum emphyteusis & venditio inter se conveniant.
 239 Verus intellectus l. ult. vers. penult. C. de iure emphyteut.
 240 Consideratio Auth. qui res, C. de SS. Eccles.
 241 Sententia l. privata. 10. Cod. de excusationib. muner.
 242 De substantia contractus emphyteutici est, de pensione in recognitionem domini solvenda conventio.
 243 Pacta contra substantiam contractus inita, ipso iure nulla.
 244 Ex post facto pensionis remissio fieri potest: ibiq. D. Wolffius, conventionem de praestanda pensione, esse de forma & substantia emphyteusis negans, late confutatur.
 245 Numquid pensio, quotannis ab emphyteuta praestanda, in uno nummo, vel quavis reali minima constitui possit.
 246 In emptione & locatione an & quatenus precium, siue merces uno nummo constitui queat.
 247 Canon emphyteuticus ad dominium solummodo recognoscendum requiritur.
 248 Genuinus sensus l. 10. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. 20. §. 1. & l. 46. ff. locati. & l. 38. ff. de contrah. empr.
 249 An contractus emphyteuticus ita à contrahentibus perfici possit, ut pensionis nomine tantum emphyteuta praestet, quantum ipsi placuerit, vel iustum fuerit.
 250 In emptione certum ac determinatum exigitur precium.
 251 Quo casu canon emphyteuticus certus esse debeat: & in arbitrium certi hominis conferri possit.
 252 De commodis & incrementis, ad emphyteutam pertinentibus.
 253 Emphyteuta fundi domini improprie dicitur: & num. 277.
 254 Num emphyteuta civiliter, an naturaliter tantum possideat.
 255 Possessio naturalis qua.
 256 Civilis possessio qua.
 257 Creditor naturaliter rem pignori acceptam possidet.
 258 Ut & is, qui precario rem rogavit.
 259 Emphyteuta ius utendi fruendi re competit.
 260 Contractus ex conventionem legem accipiunt: & n. 321.
 261 Emphyteuta auri, argenti, plumbi, &c. fodinis, in fundo emphyteutico inventus, uti frui potest.
 262 Argenti & auri fodina, &c. an & quatenus fructus pradiorum censeantur.
 263 An & illa res, qua separata à solo non renascuntur, emphyteuta cedant.
 264 Enodatio & sensus l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. soluto matrimonio.
 265 Intellectus l. ult. ff. de fundo dotali.
 266 Mens l. si ex lapidicinis. 32. ff. de iure dot.
 267 Declaratio & sententia tit. 56. qua sint regalia. lib. 2. F.
 268 Leges posteriores explicanda ex prioribus.
 269 Quicquid nova lege specialiter expressum est, id veterum legum regulis relictum intelligitur: & num. 363.
 270 Constitutio nova quatenus veteri derogare censeatur.
 271 Quo casu lapides ex fundo casu emphyteuta non acquirantur.
 272 Ecquid thesaurus in fundo emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad proprietatis dominum spectet.
 273 Thesaurus in loco alieno, casu fortuito repertus, cui cedat.
 274 Thesaurus, in fundo fructuario inventus, in fructu non computatur.
 275 Actus agentium ultra eorum intentionem nihil operatur.
 276 Conventio in una re facta, in re alia non nocet.
 277 Varius intellectus l. possessores. 12. C. de fund. patrimonialib.
 278 Emphyteusis regulariter ad heredes transit: usufructus non item.
 279 Ius thesauri à iure veri domini pendet.
 280 Usufructuario in quibusdam plenius ius competit, quam emphyteuta.
 281 Emphyteuta quot annis canonem praestare cogitur.
 282 Quatenus emphyteuta in fundo emphyteutico venari liceat.
 283 Quatenus item eidem piscari permittatur.
 284 An & quatenus pisces, pars fundi esse censeantur.
 285 Mediante surrogatione, res semper eadem dicitur.
 286 Quatenus emphyteuta liceat ex sylva cadua arbores & ligna excidere.
 287 Ecquid emphyteuta sylvam illam cadere possit, qua longo temporis intervallo succisa renascitur.
 288 Pullulare & renasci non videtur, quod annorum multitudinem exigit.
 289 Sylva cadua qua sit.
 290 Lapidem quando in fructu fundi existimantur.
 291 Sententia l. antepenult. ff. famil. ercisc.
 292 Omne indistinctum incrementum ad emphyteutam pertinet.
 293 Ut & omne damnum, nisi fundicus rem ipsam absumat.
 294 An & quatenus vasallum omne incrementum respiciat.
 295 Natura vocis universalis, omne.
 296 Argumentum de feudo ad emphyteusim validum.
 297 Sensus l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. ff. de usufructu.
 298 Qua iuris remedia & actiones emphyteuta, ad ius suum tuendum, competant.
 299 Superficiarius & emphyteuta sunt similes.
 300 Emphyteuta rem emphyteuticam deteriorem facere, ejusve formam mutare non potest.
 301 Nunquid emphyteuta sylvam extirpare, eamq. in pratum seu agrum, aut simile quid convertere; vel aliter rem emphyteuticam transmutare queat.
 302 Emphyteuta in area adificium extruere licet.
 303 Usufructuarius area adificium imponere nequit.
 304 Emphyteuta meliorationes suas, & ipsum ius emphyteuticum vendendi facultas an & quatenus sit concessa.
 305 Laudemium quid, & quibus nominibus indigitetur.
 306 Quo casu laudemium usufructuario solvendum.
 307 Num emphyteuta socio suo, eadem de re investito, partem suam liberè, & domino irrequisito, vendere valeat.
 308 Socius, licet consanguineus, rem pro precio, quod ab extraneo offertur, liberè retrahere non potest.
 309 Explicatio l. voluntas. 4. C. de fideicommissis.
 310 Feudum dividi potest inter consortes.
 311 Communio parit discordiam.
 312 Alienatione prohibita, non censetur prohibita alienatio necessaria.
 313 Necessitas legem non habet.
 314 Feudum absque domini consensu in simultaneè investitum, vel agnatum, licet alienatur.
 315 Cur feudum, inconsulto domino, alienari nequeat.
 316 Quare ius emphyteuticum, irrequisito domino, alienari prohibetur.
 317 An & quatenus ius patronatus rectè alienetur.
 318 Verum emphyteuta, absque denunciazione precedente, ius emphyteuticum vendere possit, si in instrumento emphyteutico disertè exprimitur, quod emphyteuta licentiam alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat.
 319 Pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur.
 320 Quando creditor, non prius interpellato debitor, pignus vendere queat.
 321 Contractus ex partium conventionem legem accipiunt.
 322 Enucleatur l. si quando. 35. C. de inoffic. testam.
 323 Exponitur l. quare 54. §. inter locatorem ff. locati.
 324 Num heres emphyteuta, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, emphyteusim absque pravià denunciazione vendere possit.
 325 Consideratio l. Lucius. 93. ff. de legat. 3.
 326 Sententia l. cum quis sibi. 55. ff. de verb. obligat.
 327 Ecquid dominus qui alienandi facultatem emphyteuta concessit, ante alienationem factam poenitere, & concessionem istam revocare valeat.
 328 Pactiones emphyteutica firma illibataq. modis omnibus sunt custodienda.
 329 Mens & sententia l. sicut. 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol.
 330 Doctrina l. quis saxum. 6. ff. de donationib.
 331 Quando ex simplici consensu siue permissu obligatio non inducitur.
 332 An ex permissu simplici pactum nudum oriatur.
 333 In pacto nudo, seu contractu innominato, poenitentia (re etiam adhuc integrà) non est locus.
 334 Pactum est consensus, animo obligationis contrahenda interpositus.
 335 Verum alienandi potestas emphyteuta data, mortuo pralato, qui eam concessit, censeatur extincta.
 336 Episcopi & praesules Ecclesiarum habent administrationem rerum tantum praesentium, non etiam post mortem suam gerendarum.
 337 Num emphyteuta, domino non consentiente, ius suum donare possit.
 338 Emphyteuta, inconsulto domino, ius suum alteri legare permittitur.
 339 Cur emphyteuta permissa sit donatio, in scio domino; venditio non item.
 340 Expenditur l. 3. vers. minimè. Cod. de iure emphyteut.
 341 Quatenus procedat regula: eidem vendendi ius est, cui donandi.
 342 Decurio pradia sua, sine iudicis decreto donare, non verò vendere, potest.
 343 Facilius homines vendunt, quam donant.
 344 Mulierum genus avarissimum. (Et.
 345 Sensus l. univ. as. 2. C. meri dominica vel templ. vindicatio,
 346 Inuito creditori alius debitor obtrudi nequit.
 347 Contrahentes praesumuntur contraxisse secundum subjectam materiam.
 348 Quomodo domino contra novum emphyteutam consulatur.
 349 Quid emphyteuta vetus à domino testatò desiderare debeat.
 350 An emphyteuta, absque domini consensu pradium emphyteuticum possit oppignorare.
 351 Erroris arguitur, & refutatur Sarmientus.
 352 Accurata explanatio l. lex vet. figali. 31. ff. de pignoribus.
 353 Prohibito uno, omnia simul, quibus ad illud pervenitur, prohibita censentur.

- 354 Pignoratione concessa, non intelligitur etiam concessa venditio.
 355 Sensus verus l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutel.
 356 Intellectus l. final. C. de reb. alien. non alienand.
 357 Ecquid sine consensu domini, emphyteuta rem emphyteuticam liceat permutare.
 358 Permutationis causa.
 359 Quatenus permutatio similis sit venditioni, & verbo emptionis comprehendatur.
 360 Nunquid emphyteuta, in scio domino, pradium emphyteuticum in dotem dare valeat.
 361 Finis denunciationis & expectationis consensus domini.
 362 Antiquitus quovis modo ius suum emphyteuta alienare potuit.
 363 Quod nova lege nominatim non est expressum, veteri adhuc relictum iudicatur.
 364 An emphyteuta fundum vectigalem aestimatum, domino dissentiente, in dotem dare queat.
 365 Datio rei aestimata in dotem, species venditionis putatur.
 366 Molinaus confutatur.
 367 Sententia l. aestimatis. 50. ff. soluto matrimo.
 368 Num emphyteuta integrum sit, pradium creditori suo, irrequisito domino, in solutum dare.
 369 Datio in solutum mera venditio esse dicitur.
 370 An licitum sit emphyteuta, in pradio emphyteutico, sine domini consensu, servitutem constituere.
 371 Exincto iure dantis, etiam ius accipientis extinguitur.
 372 De oneribus & incommodis, ad emphyteutam pertinentibus.
 373 Quo casu canonis praestatio emphyteuta debeat remitti.
 374 Re in totum sublata, dominium sublatum intelligitur.
 375 An canonis praestatio sit remittenda emphyteuta, si propter bellum, vimque hostium & latronum ingredi fundum emphyteuticum non potuit.
 376 Verus intellectus l. quicunque. 3. C. de fundis patrimonial.
 377 Qui casus fortuiti ad emphyteutam spectent.
 378 Paria sunt, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus.
 379 Vtrum & quatenus, propter insignem sterilitatem, pensio emphyteuta sit remittenda.
 380 Damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam pertinet.
 381 Nemo suum iactare creditur.
 382 Conductori, propter sterilitatem, merces remittitur.
 383 A separatis illatio non conceditur.
 384 Ratio differentiae inter locationem & emphyteusin.
 385 Ecquid emphyteuta teneatur praestare domino canonem illius anni, quo fundus emphyteuticus aquis submergus fuit.
 386 Re tota perempta, periculum dominus sustinet.
 387 Terramotus raro eveniunt.
 388 Quatenus personalis obligatio personam perpetuo comitetur.
 389 Contrahentes secundum naturam contractus contrahere voluisse censentur.
 390 Emphyteuta a canonis praestatione non liberatur, si inundatio contingere solita fuerit.
 391 Item si omnium casuum periculum in se suscepit.
 392 Emphyteuta publicis praestationibus, fundi emphyteutici nomine, fungitur.
 393 Publica praestationes seu functiones quae.
 394 Aepocha quid sit.
 395 Vfus aepocha quis.
 396 Emphyteusis quibus modis finiatur.
 397 Concessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum.
 398 Generatione finita, etiam finitur emphyteusis ad eam data.
 399 Emphyteusis simpliciter concessa, ad omnem generationem, omnesq. omnino heredes transit.
 400 Pater inter liberos aequalitatem servare praesumitur.
 401 An emphyteusis Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque concessa intelligatur.
 402 Masculinum regulariter concipit etiam foemininum.
 403 In contractibus verba proprie & stricte accipienda.
 404 Filiorum appellatione an etiam filia proprie contineantur.
 405 Mens contrahentium magis spectanda, quam verba.
 406 Verba ambigua contra stipulatorem interpretanda.
 407 Num emphyteusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa videatur.
 408 Filii appellatione etiam nepos comprehenditur, tum in favorabilibus, tum odiosis.
 409 Vnum idemq. dicitur, quicquid per rerum naturam continuatiue procedit.
 410 Sententia Novell. 7. c. 3. in princip.
 411 Quatenus filii vox ad nepotes producat, distinctione declaratur.
 412 Distinctionis istius ratio. (tur.
 413 Praescriptio amittitur emphyteusis.
 414 Vtrum emphyteuta, qui longissimo tempore pensionem non solvit, nec a domino interpellatus fuit ad solvendum, liberationem a pensione solvenda omnimodo praescripisse credatur.
 415 In annuis praestationibus tot sunt praescriptiones, quot anni.
 416 Principali causa non subsistente, nec id, quod inde sequitur, locum habet.
 417 Praestatio canonis, est de substantia emphyteusis.
 418 Omnis actio 30. vel 40. annis tollitur.
 419 Totius fundi emphyteutici interitu emphyteusis resolvitur.
 420 Emphyteusis amittitur, si emphyteuta dolo, aut culpa rem emphyteuticam insigniter deterioraverit.
 421 Colonus, contra legem contractus faciens, jure expellitur.
 422 An emphyteuta levissimam quoque culpam praestet.
 423 Objectioni respondetur.
 424 Omnis dispositio, secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, accipienda est.
 425 Nunquid emphyteuta etiam ob levem deteriorationem, privationis poenam plerendus sit, si diserte promissit, se rem emphyteuticam non deteriore facturum.
 426 Verba sic accipienda sunt, ut aliquid operentur.
 427 Omnia pacta secundum subjectam materiam intelligenda.
 428 Quando verba sine effectu operandi relinquenda.
 429 Expressio eorum, quae tacite insunt, nihil operatur.
 430 Qua dubitationis tollenda causa exprimuntur, ius commune non laedunt.
 431 Ecquid emphyteuta, qui partem duntaxat fundi emphyteutici deteriore fecit, toto fundo privetur.
 432 Heres ratione ejus tantum partis, in qua fraudem adhibuit, puniatur.
 433 Poena commensuranda delicto.
 434 Vasallus, qui nolente domino partem feudi alienavit, non toto feudo, sed parte solum alienata privatur.
 435 Intellectus l. si quis in gravi. 3. §. si autem. 24. ff. de SC. Silan.
 436 Sensus l. etiam si partis. III. ff. de legat. I.
 437 Consideratio l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. quamvis. ff. de verb. oblig.
 438 Emphyteuta, arbores fructiferas incidens, ius suum perdit.
 439 An emphyteuta privationis poenam incurrat, si arbores fructiferas a se positas incidit.
 440 Arbores pars soli esse videntur.
 441 Nunquid dominus ex incisione arborum, ab ipso emphyteuta plantatarum, damnum patiatur.
 442 Annue jure suo cadat emphyteuta, si alias arbores fructiferas in locum casarum substituerit.
 443 Emphyteuta perdit emphyteusin, si domino apochas fiscales tempore debito non reddiderit.
 444 Item, si volens ius emphyteuticum aut meliorationes vendere, id prius domino non rite denunciaverit.
 445 Dominus duos tantum menses habet ad approbandum, & in possessionem inducendum emphyteutam emptorem. Item, laudemium unde, & quid.
 446 Emphyteuta quale tempus habeat ad investituram & confirmationem petendam.
 447 Emphyteuta, qui irrequisito domino, rem emphyteuticam alienavit, jure suo privatur; etiam si juris ignorantia lapsus id fecerit. (licet.
 448 Iura contractus ne rustico quidem, mulieri & militi ignorare
 449 Nunquid emphyteuta poenam privationis evitet, si post alienationem, illicite factam, recuperaverit rem emphyteuticam.
 450 Et quid juris, si in continenti fundum emphyteuticum alienatum recuperet.
 451 Vasallus, qui feudum illicite alienatum postea recuperat, privationis poenam non evitat.
 452 Natura dictionis, postea.
 453 Ius alicui quaesitum, ei invito adimi nequit.
 454 Sententia c. potuit. 4. ext. de locato.
 455 Intellectus c. si quis presbyterorum. 6. de reb. Eccles. alienand.
 456 Explanatio l. divorcium. 3. ff. de divor. & repud.
 457 Divortium verum quod.
 458 Venditio solo consensu constans, traditione completur.
 459 Consideratio l. si in lege. 24. §. colonus. ff. locati.
 460 Actio quando deur.
 461 Emphyteuta, qui tantum promissit vendere pradium emphyteuticum, ius suum non amittit.
 462 Aliud est vendere: & aliud, promittere venditionem.
 463 Emphyteuta, in scio domino, pradium vendens, non tamen tradens, ius suum non perdit.
 464 Alienatum non dicitur, quod venditum quidem, sed non translatum est.
 465 An emphyteuta, qui dissentiente domino pradium emphyteuticum vendidit, apposito in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possidere pradium venditum velit, per hoc constitutum jure suo privetur.
 466 Contractus venditionis emphyteuseos, domino in scio initus, ipso jure nullus.
 467 Corruente principali contractu, corrumpunt etiam pacta ei adjecta.
 468 Emphyteuta ob mendacium jure suo cadit.
 469 Vasallus, si inficietur feudum, id amittit.
 470 Mendacium quibus casibus puniatur.
 471 Heres negans, rem legatam esse hereditariam, perdit beneficium legis Falcidiae.
 472 Negans legatum ad pias causas, a se relictum, duplum solvere cogitur.
 473 Heres ex semisse, si in iure interrogatus respondeat, se ex quadrante heredem esse, mendacii convictus in solidum convenitur.
 474 Possessori, possessionem rei inficianti, auferitur illa, & actori adjudicatur.

- 475 Fideiussor negans, se fideiussisse, perdit divisionis beneficium.
 476 Socius negans, se socium esse, competentia beneficium amittit.
 477 Abnegans propriam scripturam, exceptione non numerata pecunia privatur.
 478 Depositum certis quibusdam casibus negans, in duplum condemnatur.
 479 Emphyteuta amittit emphyteusim, si debitum canonem in civili emphyteusi intra triennium, in ecclesiastica intra biennium non solverit.
 480 Idque procedit, etiam si à pradii domino nunquam sit interpellatus.
 481 Dies interpellat pro homine. (tus.
 482 Emphyteuta, partem duntaxat pensionis non solvendi, emphyteusis adimitur.
 483 Condicio individua & negativa in parte deficiens, in totum falsa redditur.
 484 Solutio partis invito creditori fieri non potest.
 485 Vbi aliquid ex conventionione debetur, etiam minimum attenditur.
 486 Emphyteuta pensionem debitam non solvens, emphyteusim perdit, etsi dominus generaliter promiserit, se illum non expulsum.
 487 Item licet res emphyteutica magni valoris, & pensio minima fuerit.
 488 Quamvis item emphyteuta sub magno canone emphyteusim acceperit, sterilitatemque passus sit.
 489 Item tametsi ab initio contractus convenerit, ut pensio suis quaque temporibus prastaretur; & nisi prastaretur, dominus pœnam sit stipulatus.
 490 Item quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit.
 491 Et licet post cessationem triennii dominus pensionem ab emphyteuta acceperit.
 492 An & quando, recipiendo canonem ab emphyteuta, pœnam caducitatis dominus remississe presumatur, aliquot casibus resolvitur.
 493 Primus casus.
 494 Pensione per triennium non soluta, dua res simul domino deferuntur: pensio triennii, & ager ipse emphyteuticus.
 495 Alter casus.
 496 Tertius casus.
 497 Quartus casus, tres alios casus sub se complectens.
 498 Emphyteuta canonem legitimo tempore non solvens, iure suo excluditur, etsi per ignorantiam illud sit factum.
 499 Quod tamen de aequitate non obtinet.
 500 Generalis clausula l. i. in fin. ff. ex quib. caus. majores, &c. ad quos pertineat.
 501 Minor 25. annis canonem emphyteuticum legitimo tempore non solvens, pœnam privationis ipso iure incurrit: ita tamen, ut in integrum restituitur.
 502 Minor & Ecclesia in iure aequiparantur.
 503 Minor intra tempus constitutum non petens investituram feudali, à iure suo cadit.
 504 Minor sine iudicis decreto quatenus rem alienare nequeat.
 505 Sensus l. fin. C. in quib. caus. in integr. restituit. necessarius non est.
 506 Mens & explicatio l. 2. C. de fundis patrimonialib.
 507 Pupillus & infans, ob non solutum canonem, ipso iure fundum emphyteuticum amittunt; concessio tamen iis in integrum restitutionis beneficium.
 508 Intellectus l. Imperatores. 7. in fin. ff. de publican. & vectigalib.
 509 Pater canonem non solvens intra legitimum tempus, etiam suis filiis obest.
 510 Emphyteuta si plures relinquat heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus statutum non solvat, tota emphyteusis in commissum cadit.
 511 Paterqueque heredes in solidum ad canonis solutionem obligatus est.
 512 Emphyteuta à solutione canonis non liberatur, etiam si res emphyteutica ex parte interierit.
 513 Emphyteuta alicuius privati, post triennium elapsum, celeri satisfactione moram purgare non licet.
 514 Vbiunque dies & pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest.
 515 Sine lege nihil affirmandum.
 516 Emphyteuta Ecclesia, offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare valet.
 517 Ratio differentia inter emphyteutam privatam, & Ecclesiam.
 518 Sensus l. si servum. 91. §. 3. ff. de verb. oblig.
 519 Aequitas rigori praefenda.
 520 Emphyteuta, ob canonem non solutum, ipso iure, non expectat a sententia iudicis, emphyteusim amittit.
 521 Qui vis sit dictionum, omnino & omnimodo.
 522 Verba futura vel praesentia, quid inducant.
 523 Consideratio c. 1. de feud. sine culp. non amittit. & c. 1. §. sanctimus. Quo temp. miles, &c.
 524 Argumentum à feudo ad emphyteusim quando non procedat.
 525 Sententia l. lex vectigali. 31. §. 1. ff. de pignori.
 526 Dominus emphyteutam propriam auctoritate, absque iudicis decreto, expellere nequit.
 527 Non est singulis concedendum, quod per magistratum publicè fieri debet.
 528 Nemo sibi ipse ius dicere potest.

- 529 Verbum expellendi, quid significet.
 530 Consideratio tit. §. 4. & tit. §. 5. §. firmiter. lib. 2. F.
 531 Ad instantiam respondetur.
 532 Quatenus creditor propria auctoritate ex pacto pignus à debito-
 re auferre queat.
 533 Quibus casibus emphyteuta, consuetum canonem domino non solvens, iure suo privari non possit.
 534 Iuri suo renunciare unicuique licet.
 535 Consuetudo de non expellendo emphyteuta, ob non solutum canonem, valet.
 536 Consuetudo est fortior pacto privatorum.
 537 Causa Ecclesiarum & Clericorum secundum consuetudinem patriae terminanda.
 538 Consuetudo dat legem omnibus rebus, in territorio existentibus.
 539 Emphyteusis ex partium conventionione legem accipit.
 540 Extraneus, seu procurator vel negotiorum gestor emphyteuta, canonem domino prastans, illum à caducitatis pœna liberat.
 541 Idem est, si canon à quodam tertio, nullum ius in emphyteusi habente, domino solvatur.
 542 Nisi dominus ab isto tertio canonem recipere recuset.
 543 Aliquis, invito creditore, pro alio solvere potest.
 544 An & quando tertius aliquis pro emphyteuta, domino invito, canonem solvere, eumque deponere & consignare valeat.
 545 Emphyteuta propter canonem non solutum à iure suo non cadit, si nemo adfuit, qui canonem recipere potuit.
 546 Aut si emphyteuta toto biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit.
 547 Vel dominus pradii emphyteutici, canonem oblatum accipere recusavit.
 548 Pecunia debita oblatio, consignatio & depositio à pœna caducitatis emphyteutam excusat.
 549 Ablativi absolute positi conditionem inducunt.
 550 Condicio praecise impleri debet.
 551 Argumentum à contrario sensu, in iure fortissimum.
 552 Cur sola canonis oblatio, ad suffugiendam dejectionis pœnam, non sufficiat.
 553 Si tota res emphyteutica perit, emphyteuta à canonis praestatione liberatur.
 554 Accidens sine subiecto esse nequit.
 555 Area censetur pars potissima domus.
 556 Vtri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se canonem solvisse, dominus verò neget.
 557 Solutionem alleganti incumbit probatio solutionis.
 558 Sententia c. super his. 16. ext. de accusationib.
 559 In criminalibus etiam neganti; aut in civilibus affirmanti incumbit probatio.
 560 Emphyteuta probans, se tribus annis proximis canonem singularem solvisse, praesumitur, quod pro omnibus annis praeteritis solverit.
 561 Solutio canonis quomodo probetur.
 562 An emphyteuta, in solutione canonis cessans, & antequam dominus declaret, se velle eum iure suo cecidisse, fructus percipiens, ad horum restitutionem teneatur.
 563 Fructus ad rei dominum spectant.
 564 Actus sub conditione factus, eam non existente, effectum non habet.
 565 Mala fidei possessor fructus omnes restituere tenetur.
 566 Usufructuarius fructus, finito usufructu perceptos, restituere compellitur.
 567 An & quatenus conditio retrahatur.
 568 Qua causa principalis sit attendenda.
 569 Vtrum emphyteuta, si citra ejus culpam emphyteusis sit finita, meliorationes in re emphyteutica factas repetere queat.
 570 Contractus emphyteuticus quam maxime ob causam instituitur.
 571 Consideratio l. domos. 58. ff. de legat. 1.
 572 Sensus c. 1. §. si vasallus. tit. 28. lib. 2. F.
 573 Opinio ultima in dubio tenenda.
 574 Cum alterius iactura locupletari nemo debet.
 575 Quales expensas usufructuarius repetere possit.
 576 Qua actio ex contractu emphyteutico detur.
 577 Contractus emphyteuticus suam naturam, obligationem, & actionem parit.
 578 Actio, ex pignoris contractu nascentis, pignoratitia dicitur.
 579 Et ex deposito sequestratio, depositi sequestraria actio vocatur.
 580 Actio praescriptis verbis unde descendat.
 581 Contractus innominatus ex rei traditione vel facto initium capit.
 582 Conditioni ex lege quando sit locus: ibique Boceri calumnia notatur.
 583 Nomen actionis in libello exprimi, hodie non est necesse.
 584 In causa emphyteutica quis sit iudex competens.

UT similitudo emptionis & locationis magis intelligatur: Imperator noster Justinianus duo exempla olim controversa, hodie verò definita, proponit: in quibus valde dubitabatur, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contraheretur. Prius est de negotio, quod vulgò Emphyteusis dicitur: alterum est de annulo vel poculo, ab aurifice ex auro nostro conficiendo,
 (Hh 3)

de quo

de quo in §. proxime subsequenti. Ad prius quod attinet ; quia majoris usus est & momenti : paulò copiosius de eo, accuratiusque *οὐδὲν ὅσον* acturi sumus. Emphyteusisigitur dicta est *ἐμψυτεύειν*, quod inferere aut implantare, Germanicè *Empffen* significat, & per translationem meliorare : quia per emphyteusin, id est, initionem atque implantationem, agri meliores redduntur. *Joan. Borcholt. Heigius & Wesenbec. hic num. 2. & in paratit. ff. si ager vectigalis. id est, emphyteuticar. petat. num. 2. Joan. Ferrarius Montanus, & Siehard. ad rubr. tit. C. de jure emphyteut. num. 4. Gothofred. ad l. 1. in princ. C. eod. Coras. in l. ei, qui. 16. num. 20. ff. de servitutib. Alvarus Valascus in tract. de jur. emphyteut. quest. 2. num. 4. ubi plures citat. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. §. num. 80. & Carolus à Kirchberg. discursu de feudo ex pacto & providentia, &c. cap. 4. num. 138. Tametsi Speculator (Græci sermonis non usque adeò gnarus) hanc vocem natam opinetur ab *em*, id est, in, & *fiscos*, id est, fides : quòd ipsa res detur alicui in fidem, ut illam deteriore fieri non permittat, in suo Speculo lib. 4. particul. 3. tit. de emphyteusi. num. 2.*

2 Quamvis autem initioni & implantationi proprie in solis rusticis prædiis atque agris sit locus ; adeoque initio non videatur emphyteusis in omnibus immobilibus obtinuisse, argumento l. 1. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteut. petat. nihilominus tamen isto vocabulo omne meliorationis genus designatur ; ita ut etiam ædificia hodie rectè in emphyteusin dari possint. l. si finita. l. §. si de vectigalibus adibus. 26. ff. de dam. infect. Novell. 7. cap. 3. §. scire. 2. ibi, prædia aut domos, &c. & Novell. 120. cap. 1. in fine. Auth. si quas ruinas. C. de SS. Eccles. Vultejus hic n. 2. & in tract. de feud. lib. 1. cap. 12. num. 3. pag. mihi 833. D. Obrecht. Disp. 36. th. 8. & 49. cum seqq. Valasc. d. tract. q. 12. num. 1. & 3. Siehard. d. rubr. C. de jur. emphyteut. num. 21. & seq. Thomas Lindemannus disp. 7. ad lib. 3. Instit. tit. 25. de emphyteusi thes. 6. eumq. referens Nicolaus Eggebrecht. in disput. inaug. sive synopsi juris emphyteutici. conclus. 20. Sed eà de re exquisitius infr. num. 88. 138. & seqq. Cæterum is, qui emphyteusin accipit, uno verbo dicitur emphyteuta vel emphyteuticarius. l. 1. & l. 3. in princ. C. d. tit. idiomate Germanico *Zinsman / Hubner* : dominus emphyteuseos, *Zins* seu *Erbherr* : jus constitutum, jus *ἐμψυτεύειν*, vel emphyteuticarium. l. 3. §. si jus *ἐμψυτεύειν*. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt. Rubric. & l. 1. in princ. & d. l. 3. ibi, jus emphyteuticum transferre, item ibi, vel si jus emphyteuticum. C. de jure emphyteut. *Erbrecht* sive *Erbbeständnuß* : ager in emphyteusin datus, ager emphyteuticarius, itemque vectigalis, seu prædium emphyteuticarium, per rubr. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur. & l. 2. ibi, a prædiis emphyteuticariis. C. de jur. emphyteut. Donnell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num. 30. Francisc. David argente, in libr. notar. juris selectar. tract. de agris vectigalib. pag. 207. fac. 2. *Erbzinsgut / Erbpacht / Pfachtgut / hube / seu hubgut. Nicol. Eggebrecht d. synopsi jur. emphyt. conclus. 4. Paul. Matthias Wehener. in observat. præct. lit. E. in verb. Erbgüter. &c. Knipschildt exercit. Acad. 9. th. 31. pag. 315. Nominatur quoque vulgò *Lehen* : quia feudo similis est emphyteusis. D. Collega Bocer. hic num. 8. pag. 424.*

4 Definiri emphyteusis non ineptè poterit contractus, juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu constans : quo dominus de dando prædio suo in perpetuum, vel ad tempus, pro pensione annuâ, in recognitionem domini præstandâ, colendo fruendoque cum aliquo paciscitur. Generis loco verbum, *contractus*, merito est positum. Nam emphyteusin esse contractum, eumque a reliquis omnibus hodie Zenonis constitutione distinctum, indubitatum est, hoc §. nostro. d. l. 1. d. l. 2. in princ. & d. l. 3. §. si autem. ibi, in emphyteuticis contractibus. C. de jure emphyteut. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum. C. de reb. alien. non alienand. Eiusque ratio est perspicua : quia ex eo ultrò citròque oritur propriâ vi ac virtute obligatio. d. l. 1. C. de jure emphyteut. quod est proprium contractus l. Labeo. 19. ff. de verb. signif. l. juris gentium 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de obligat. & actionib. Sed & si emphyteusis contractus non esset : frustra olim

& ineptè à veteribus Jurisconsultis dubitatum esset : utrùmne emphyteusis esset locatio-conductio : an verò emptio-venditio : cum utramque contractum esse constet ex principio hujus tit. & hoc §. nostro. *Hunn. in resolut. ad Trentler. vol. 1. Disput. 20. quest. 30. pag. 1786.* Ac sane olim emphyteusin Jurisconsulti quidam specie-6 m emptionis ideo esse, affirmabant : quòd prædium in perpetuum plerumque alienetur, & jus quoddam dominio simile (quod vulgò utile appellitant, licet satis incommode, ut probavimus §. ad princip. tit. de rer. divis. num. 40. & seqq.) transferatur, possessorique actio in rem tribuatur. d. l. 1. ibiq. gl. & Dd. ff. si ager vectigalis, &c. Alii contra locationem esse, contendebant : propterea quòd merces hinc quædam seu pensio annua, nomine fructuum & usus, interveniat ; & quod usus tantum, non dominium verum transeat : sed penes eum, qui rem tradit fruendam, maneat. d. l. 1. §. 1. ibi, quamvis non efficiantur domini. ff. d. t. Wesenbec. hic num. 3. Cæterum hanc Jurisconsultorum altercationem Imperator Zenon sedavit : & emphyteusin proprium, id est, tam à locatione, quàm venditione separatum contractum constituit. d. l. 1. C. de jure emphyteut. Qui quidem contractus à locatione in eo potissimum differt. I. Quòd emphyteusis7 præstat quasi sive utile dominium ei, qui accipit : locatio non item. l. non solet. 39. ff. locati. *Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restit. disp. 3. quest. 8. punct. 1. num. 4. pag. 577. & latius explicatum supra, §. proximo. num. 8.* II. Locatio etiam rei mobilis fieri potest : em-8 phyteusis verò tantum in rebus soli seu immobilibus constituitur, arg. hujus §. ibi, ut ecce de prædiis, &c. d. l. 1. in princ. ibi, agri civitatum. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypothec. & l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act. III. Conductor rei locatæ servi-9 tutem, aut aliud aliquod jus imponere nequit : at emphyteuta servitutem, sive jus servituti in effectu simile fundo emphyteutico imponere potest. arg. l. 1. §. ult. ff. de superficies. & de eo nos infra fusius num. 370. IV. Con-10 ductor mercedem solvit in compensationem usûs ; & est merces illa, quæ à conductore præstat, usus illius quasi quædam æstimatio : emphyteuta verò solvit canonem annuum, non respectu fructuum acquiritorum ; sed in II recognitionem directi (uti loquuntur) domini. cap. 2. ext. de censibus. *Wesenbec. h. num. 4. & Vultejus num. 8.* Ab 12 emptione autem hic contractus discriminatur & distinguitur primùm ratione rei, quæ in contractum venit. Res enim in emptionem venit non solum mobilis, sed & immobilis : in emphyteusin res immobilis tantum, ut paulò antè ostensum. num. 8. in emptione item rei ipsius, quæ venditur, dominium & quidem verum & plenum ; aut certæ minimùm usucapiendi conditio à venditore transfertur in emptorem. l. ex empto. l. 1. §. 2. & l. servus. 30. §. 1. ff. de actionib. empti & similibus in præcedenti §. annotatis. num. 7. in emphyteusi non tam ipsa res, quàm rei usus, ejusque dominium duntaxat quasi, in emphyteutam transfertur. d. l. 1. junctâ gloss. ff. si ager vectigalis, &c. Deinde ratione precii ; quod in emptione consistere de-13 bet solum in pecuniâ numerata, ut explicatum est in §. item precium. 2. §. titulo proximo : at in emphyteusi pensio non præcisè in pecuniâ numeratâ, sed etiam in specie, vel quantitate, veluti vino, aut frumento, constitui potest. gloss. hic super verb. neque ad locationem *Thadaus Piso, l. n. 3. & Schneidervin. num. 4.* In emptione præterea æstimatur res ipsa, quæ venditur precio : in emphyteusi nec res, nec usus rei æstimatur pensione illa, quæ quotannis solvitur ; sed pensio isthæc in recognitionem directi domini penditur, ut jam dictum, num. 10. Denique in emptione cum precium ab emptore semel est solutum, venditori ad nihil amplius tenetur : sed emphyteuta singulis annis pensionem constitutam solvere domino directo compellitur, ut docet hic *Vultejus n. 7.* Atque de illis, aliisque pluribus differentiis, post *Dd. à se relatos*, copiosè differit *Valascus in d. tractat. de jure emphyteut. q. 19. & 20. cum aliquot seqq.* Cæterum contractus emphyteuticus & censiticus quomodo inter se differant, abundè explicat *Matthias Berlichius part. 2. conclus. practicabil. conclus. 47. pag. 1003. & seqq.*

14 Et si verò ex antedictis quovis electo appareat dilucidius, emphyteusin contractum esse: attamen Dominus Collega Bocerus in hoc §. num. 4. §. 33. cum seqq. & in tract. de qualitat. & different. feudor. cap. 1. num. 16. cum seq. ejusque assecla Carolus à Kirchberg, d. discursu de feudo ex pacto & providentia. c. 4. num. 140. contrarium defendere conantur: atque emphyteuseos nomine non contractum ipsum emphyteuticum, sed jus ipsum per contractum constitutum sive conventionem emphyteuticam denotari opinantur. Hujusque suæ opinionis D. Bocerus has affert rationes: quia, inquit, res dicuntur dari in emphyteusin. cap. 2. tit. de reb. Eccles. non alienand. in 6. Auth. quas ruinas. C. de SS. Eccles. quia aliquis emphyteusin suscipere dicitur, in d. l. 2. in princ. C. de jur. emphyteut. quia item dicimur accipere emphyteusin. Novell. 7. in princ. §. 1. tum etiam metiri, & transmittere emphyteusin ad successores. d. Nov. 7. cap. 3. & quia ab emphyteusi cadere emphyteuta dicitur in d. Nov. 7. cap. 7. Verum hujus ratiocinationis infirmitas ex eo patescit, quod etiam res pignori dari dicuntur. l. 1. §. 1. & 2. l. si superatus. 3. §. 1. & alibi. ff. de pignorib. & hypoth. quod item pignus accipere dicimur. l. in quorum. 24. ff. eod. l. 1. §. eam rem. 2. ff. quæ res pignori vel hypotheca data obligari non poss. Sic quoque pignus heredibus teneri dicitur. l. 1. in fine. C. si unus ex plurib. heredib. creditoris, &c. Nec tamen idcirco rectè concluditur: pignus non esse contractum. §. sequens. 2. supr. de obligationib. juncto §. creditor. 4. supr. quib. mod. re contrahit obligat. Proinde si dicamus: emphyteusin interdum accipi pro jure, ex contractu emphyteutico, constituto: interdum pro ipso contractu: aliquando verò pro re, in qua tale jus constitutum est: nihil regeri poterit. Deinde ita argumentari videtur Dn. D. Bocerus: Si emphyteusis non solum contractu, sed & aliis modis, nempe præscriptione & ultima voluntate constituitur: consequens est, quod emphyteusis non sit contractus. Atqui verum est prius. Ergo & posterius. Caterum hinc quivis facile animadvertit; non procedere hanc argumentationem: Hoc jus solo contractu constituitur. Ergo hoc jus est contractus. Etenim quis non videt, aliud esse efficiens & effectum, aliudque constituens & constitutum? Quare neque hæc argumentatio procedet: Emphyteusis non solo contractu constituitur. Ergo Emphyteusis non est contractus. Præterea quamvis etiam præscriptione & ultimâ voluntate emphyteusis constitui dicatur: nisi tamen quoque consensus quidam interveniat tam dantis, quam accipientis annuam pensionem: emphyteusis constituta neutiquam censetur, arg. l. qui in aliena. 6. in princ. ff. de acquir. vel omitt. heredit. & l. alienationis. 28. ff. de verb. significat. Et quod emphyteuseos nomine specialis contractus significetur, nemini dubium esse potest, ex d. l. 1. in princ. C. de jur. emphyteut. Unde nec illud admittendum, quod ab eodem D. Bocero adfertur: emphyteuseos nomine significari subjectum, & vocabulo contractus adjunctum in d. l. ult. ibi, nec emphyteuseos contractum. C. de reb. alien. non alienand. & in hoc §. nostro. vers. sed talis contractus. ibi, quæ emphyteuseos contractus, &c. Similiter enim dicimus contractum societatis. l. cum in societatis contractibus. 3. C. pro socio. contractum venditionis. l. si donationis. 3. C. de contrah. empt. & vendit. contractum locationis & conductionis. l. contractus. 24. C. de locat. & conduct. cum similibus. Nec tamen quispiam rectè dixerit: in dictis locis altero vocabulo denotari subjectum, altero verò adjunctum. Sicuti ergo per contractum locationis & conductionis, &c. intelligimus illum ipsum contractum, qui appellatur locatio & conductio: ita quoque in d. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. & hoc §. nostro. per emphyteuseos contractum intelligere debemus illum ipsum contractum, qui emphyteusis vocatur. Idem edocui in additionibus meis ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 2. n. 2. & trib. seqq. Porro cum in disputat. II. ad Institut. part. 2. assert. 1. sub. lit. B. aperte scripserim; Dominum D. Bocerum irritò conatu contrarium adstruere, adeoque emphyteusin non esse contractum suspicari: satis mirari nequeo, cur ausus fuerit scribere Bocerus in hoc §. n.

40. pag. 428. quasi ego scripserim: ipsum adstruere, contractum emphyteuticum non esse contractum. Non ita à me scriptum esse, cuivis patet. Et contractum emphyteuticum esse contractum, nemo nisi omni cerebro carens negare poterit: nec venit id unquam in controversiam; an contractus emphyteuticus sit contractus? Sed, an emphyteusis sit contractus? Hoc verò negat Bocerus, ast irritò conatu: ut antehac scripsi, & denuò scribo. Dico in definitione, Emphyteusin esse contractum juris gentium. Quia omnes gentes & populi certo quodam naturæ judicio, communique ratione & consensu hunc contractum probant & usurpant, tanquam qui usui esse possit utilitatibus hominum commutandis. Neque verò appellatio juris gentium necessariò exigit, ut aliquid ab initio cum primis hominibus fuerit: sed ad istam appellationem sufficit, rem, de qua agitur, fuisse apud homines ab initio conditi orbis: ita satis est, eam congruere hominum intellectui ac naturali rationi: atque ideo post talis rei inventionem, ejus usum ab omnibus gentibus recipi, & unanimiter approbari, arg. §. jus autem civile. 1. vers. quod verò naturalis. §. de jure naturali, gent. & civil. ubi Justinianus ait, jus gentium vocari, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes populos per æquè custoditur, sive quo omnes gentes utuntur. Quibus verbis Imperator ad appellationem juris gentium, rationem naturalem, & unanimem omnium gentium consensum & applausum sive approbationem, non tantum temporis, reivè antiquitatem requirit & considerat, ut eleganter ostendit Arius Pinel. in Commentar. ad rubr. C. de rescind. vendit. part. 1. num. 7. post Franciscum Connan. lib. 1. Commentar. jur. civil. c. §. num. 9. & Ludov. Charondam lib. 1. verosimilium. c. 5. Et sanè non apud Romanos duntaxat hic contractus emphyteuticus in usu fuit; sed etiam apud Byzantios, quibus in more erat positum, ut prædia quidem fertilia locarent ad tempus, sterilia autem in perpetuum, certâ in annos singulos constitutâ mercede, teste Aristotele lib. 2. οἰκονομικῶν Sed neque ante istos credendum est, alios populos rerum suarum adeò fuisse negligentes; ut non, quæ possent ratione, utilitates suas quærerent ex agrorum locatione temporali aut perpetua, prout cujusque commoditas postularet. Connan. lib. 7. Commentar. c. 12. num. 1. Unde Claudius David velit. legali ad §. 2. vers. jus autem gentium. supr. de jur. nat. gent. & civ. num. 5. vocat hunc contractum Sibyllâ Cumanâ antiquiorem, ex Genes. cap. 47. vers. 24. & seqq. & Josepholib. 2. antiquit. Judaic. cap. 4. Præterea in hoc §. nostro notatur: sæpius inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuisse, utrum contractus emphyteuticus emptio, an locatio esset. Quæ tamen dubitatio excellentissimorum Jurisconsultorum satis absurda fuisset, si contractus iste non juri gentium, sed civili adscriberetur. Emptionem enim & locationem juri gentium accensendam, inter omnes constat. l. ex hoc iure. 5. ff. de instir. & iur. l. 1. in fin. ff. de contrahend. empt. l. in ris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l. 1. ff. locati conducti. Accedit auctoritas Hermogeniani in d. l. ex hoc iure. 5. ff. de inst. & iur. qui generaliter asserit, omnes contractus juris gentium esse, exceptis quibusdam jure civili introductis. Cui generalitati sive regulæ standum & adhærendum est, donec de exceptione clarè doceatur: ut tradit Bartol. in l. 1. n. 2. ff. si quis in ius vocat. non ierit. Dec. in l. 1. num. 7. ff. de reg. iur. Menoch. consil. 88. num. 51. & consil. 28. num. 13. lib. 1. Sed quinam sunt contractus illi excepti, si emphyteusis excepta non est; Nimirum illi, qui excepti esse in jure nominatim reperiuntur: veluti stipulatio. §. de constituta. 9. infr. de actionib. l. si ita stipulatus. 126. §. Chrysogonus. vers. planè si præcedat. ubi naturali obligationi stipulationem Paulus opponit. ff. de verb. obligat. quæ præscriptis quibusdam verborum formulis constat. l. 1. l. stipulationum. §. §. stipulatio. 1. ff. eod. tit. & literarum obligatio. initio tit. §. de literar. obliga. itemque sponsalicia largitas, hoc est, donatio propter nuptias. Novell. 119. c. 1. quæ veteribus Jurisconsultis penitus incognita fuit: tantum abest, ut jure gentium introducta sit. §. est & aliud. 3. §. de donationib.

26 Prædictis non obstat, quod lex Zenoniana huic contractui conceptionem, definitionemque sive nomen proprium tribuerit; ac proinde juris civilis esse videatur. *l. 1. in princ. C. de jure emphyteut.* Nam Zeno nomen quidem huic contractui proprium indidit; sed non novum conventionis genus instituit. Nec enim, qui nomen singulare imponit, is rem ipsam invenisse dici potest: quia nomen non dat esse rei, quæ non fuit: sed id potius exprimit, quod jam in rerum naturâ existit. Et certè Zeno sua auctoritate & constitutione non tam nomen huic contractui assignavit, & eum Græco vocabulo *Emphyteusin* vocavit, quàm ipsum confusum & incertum ab aliis, quibus omninò convenire videbatur, nimirum ab emptione & locatione, secrevit & distinxit. Idque Justinianushic non obscurè innuit, dum ait: *talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, &c.* Talis, hoc est, quo prædia perpetuò fruenda aliis traduntur; ut quamdiu pensionem pro his præstent, ea auferri illis non possint, *per princip. hujus §.* Ex quibus verbis cernitur, hanc ipsam formam Zenonem prorsus immutatam reliquisse, eandemque etiamnum hodie in hoc contractu celebrando observari. Ideoque Imperator Zeno *in d. l. 1. Cod. de jure emphyteut.* per hæc verba (*conceptionem & definitionem habere propriam*) solennem quendam & peculiarem contrahendi modum denotare nequaquam voluit: sed potius per verba illa contractum nominatum, & proprio nomine conceptum significavit. Quemadmodum enim emptio & venditio solo verbo emptionis & venditionis concipi potest; quod non contingit in contractibus innominatis, in quibus ex præscriptis verbis agitur, & non solo nomine perficiuntur: ita contractus emphyteuticus cum hodie habeat propriam conceptionem; solo verbo emphyteusis concipi potest, sine alia conventionione. Habet siquidem propriam atque legalem naturam, quæ satis exprimitur per verbum emphyteusis, ut non opus sit naturâ conventionali, sicuti rectè interpretatus est Franciscus Sarmientus *lib. 3. selectarum interpretat. c. 2. n. 5.* Quod autem Zeno *in d. l. 1.* nullam in contractu emphyteutico peculiarem contrahendi formam sive modum introduxerit: inde patet; quod in constitutione ista nullo expressit verbo, quænam esset illa nova & peculiaris contrahendi emphyteusis forma: quod tamen minimè prætermisurus fuisset, si quid eâ in re novi introducere voluisset. Solent enim Imperatores rebus in novis constituendis prolixâ indicare oratione, quidnam sit illud, quod ultra jus vetus de novo sancire desiderent. Quod cum in constitutione Zenonianâ (ad formam modumvè contrahendi quod attinet) omissum sit: luculento id argumento est, novum contrahendi modum istâ constitutione nullum introductum fuisse. Omnis quippe dispositio iuxta disponentis consuetudinem & morem interpretanda est, *arg. l. si servus plurium. §. ult. ff. de legat. 1.* Sed & in præsentem nullo penitus verbo significatur; Zenonem constitutione sua novum contrahendi modum in contractu emphyteutico introduxisse: cum tamen hic §. interpretetur atque declaret allegatam

30 *l. 1. C. de jure emphyteut.* Quod & ipsum magnum suppeditat argumentum: in modo contrahendi emphyteusin, nihil novi constitutione Zenonianâ fuisse sancitum. Dispositio namque interpretans secundum terminos interpretatæ seu declaratæ dispositionis intelligitur, & e contra, *arg. l. nihil. 2. ubi Bartol ff. de conjung. cum emancip. liber. Cravett. consil. 422. n. 7.*

31 Cæterum quod quidam Interpretum existimant; per vocabulum *conceptionis* scripturam, tanquam formam essentiali contractus emphyteutici, significari: id admittendum aut ferendum non videtur. Quoniam Imperator *in d. l. 1. C. de jure emphyt.* conceptionem contractus emphyteutici, & scripturam, ceu diversa & separata, distinguit. Postquam enim constituerat; Emphyteusin conceptionem definitionemque habere propriam, & justum esse validumque contractum: subjungit demum, cuncta, quæ inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scripturâ interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetuâ stabilitate modis omnibus debere custodiri. Deinde Imperator ibidem non loquitur de contractu em-

phyteutico scribendo, vel per scripturam celebrato; sed perspicuè agit de pactis, contractui emphyteutico adjectis, & scripturâ interveniente initis. Si qua igitur per verba ista, *scripturâ interveniente*, necessitas scripturæ imponeretur aut induceretur: ea non ad contractus emphyteutici substantiam, sed ad pacta contractui apposita pertineret. Aliud etenim est contractus emphyteuticus; aliud pactum, huic contractui adjectum. *l. juris gentium. 7. §. quinimò. §. ff. de pactis l. in bona fidei. 13. Cod. eod. tit. & tit. C. de pactis inter emptor. & venditor. compos.* Verum neque in contractu emphyteutico, neque in pactionibus ei adjectis, scripturam necessariò desiderari, latius infrâ demonstrabitur. *num. 57. & seqq.* Hucque pertinent, quæ tradidi *in addit. ad Jul. (lar. §. emphyteusis. quest. 2. num. 17. & seq. item quest. 4.*

Similiter non obstat, quod *in sæpè jam allegata l. 1. C. 32 de jure emphyteut.* scriptum extat, jus emphyteuticarium esse justum validumque contractum. Neque enim hoc ita exaudiendum est, quasi Zeno primùm effecerit, ut emphyteusis justus validusque contractus esset. Quandoquidem tum ex Ulpiano *in l. 3 §. si in emphyteutico. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutela, vel cura sunt, &c. & Macro in l. sciendum. 1. §. 1. ff. qui satisfacere cogant.* tum maximè ex Justiniano hic liquet: etiam longè ante Imp. Zenonem, jus emphyteuticum vel contractum emphyteuticum, quamvis non planè & ritè ab aliis distinctum, in ulu fuisse, suisque viribus substituisse, & tam fuisse firmum, ut solo consensu, ultrò citroque interposito, perficeretur, atque obligatio ex eo nasceretur. Idque ex eo colligitur, quod hoc loco expressum est, dubitatum fuisse à veteribus, an emphyteusis emptio, vel conductio esset. In quâ dubitatione pro certo præsupponitur, emphyteusin validum talemque contractum esse, ex quo contrahentium solo consensu obligatio proficiscitur. Quare quod *in d. l. 1. C. de jure emphyteut.* statuitur, jus emphyteuticum esse justum & validum contractum: illud non novi alicujus juris sanctionem, sed veteris solummodo declarationem designat: quâ quidem res nova non inducitur, sed jus antea constitutum declaratur, *arg. l. heredes palam. 2. §. 1. versic. sed & si notam. ff. qui testament. fac. poss.* Similis namque declarans ei est, qui spicas excutit, sive grana separat à spicis. Novam enim speciem non facit, sed eam, quæ est, detegit. *l. adeo quidem. 7. §. cum quis. 7. versic. videntur. ff. de acquir. rer. dom.*

Neminem præterea moverit, quod Justinianushic refert, à Zenone constitutum fuisse, siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, *ac si naturalis esset contractus*: quæ verba ita accipi posse videntur, quasi emphyteusis re ipsa naturalis, hoc est, juris gentium, contractus non esset, sed juri civili adscribenda veniret. Hoc, inquam, neminem moverit. Nam verba ista longè alium habent sensum: nempe, ut si nonnihil inter contrahentes convenerit, id ita justum sit & firmum *ac si naturalis contractus esset*, hoc est, quasi esset ea certa natura contractus: quippe pacta naturam contractibus tribuunt. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. de positi. l. in conventionalib. §. 2. ff. de verb. oblig. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & Theophilus hic notat.*

Nec denique adversatur, quod, quoties juri gentium vel naturali quid additur, vel detrahitur, jus civile efficiatur. *l. jus civile. 6. ff. de justitia & jur.* Jam autem propria natura sive certa quædam forma contractui emphyteutico à Zenone addita videatur, hoc §. nostro. *ibi, emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, &c. & l. 1. C. de jure emphyt.* Respondetur enim: quicquid huic contractui additum est, non formam substantialem, quæ dat esse rei, jusque civile efficit, sed accidentalem tantum, quæ ad confirmationem rei jam in esse productæ pertinet, respicere, *per notata Gailii lib. 1. obs. 124. n. 5.* Vel (ut explicatius res expediatur) distingui poterit inter substantiâ & naturâ contractus. Substantia contractus & cujusque rei in jure nostro nihil est aliud, quàm ipsius rei forma essentialis, per quam res sive contractus est id, quod est; & quâ formâ sublata, ipsa etiam res & contractus esse desinit. *l. pacta conventa. 72. in fine principii. ibi, quoniâ emptionis substantia constitit ex precio. ff. de contrah. empt. l. Julianus. 9. §. sed si quis. 3. ibi, mu-*

ibi, mutata forma propè interemit substantiã rei. ff. ad exhibend. l. obligationum. 3. in princ. ff. de obligat. & acti-
 38 onib. Natura verò contractus est ejus adjuncta quædam qualitas, juris auctoritate ipsi contractui tributa. per hunc §. nostrum. vers. sed talis. ibi, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, &c. l. si unus. 27. §. pactus, ne peteret. 2. ad finem. ibi, quod lex natura ejus tribuit. ff. de pact. l. naturalis. 5. §. sed si facio. 4. vers. & potest mandatum. ibi, naturam suam ex-
 39 cedere. ff. de præscriptis verbis, &c. Et ut aliàs qualitas rei sive accidens vel separabile est, vel inseparabile: ita etiam in jure nostro, natura alicujus rei seu contractuum, alia est separabilis, alia inseparabilis, ut evincitur ex textu §. de illa sané. 2. vers. Quintus Mutius. infr. tit. de societate. junctis etiam aliis legibus modò adductis. Et hac de re enodatè D. Bocerius in tract. de investitura feud. c. 5. num. 26. & seqq. item Scipio Gentil. in tract. de solennitatib. cap. 1. & seqq. & Fridericus Martin. in Commentar. de jure censuum, seu annuor. reddituum. cap. 6. num. 2. & seqq. De eadem re ex professò tractavimus in §. sequens. 2. num. 48. & seqq. supr. de obligationib. De substantia igitur emphyteuseos est consensus, res immobilis, & pensio annua domino (in recognitionem domini scilicet) præstanda: de natura ejusdem est, ut damnum particulare (ut si pars fundi pereat, vel si fructus à milite, vel vimajore perdantur) ad emphyteutam; universale verò (id est, si prædium inundatione pereat, aut ab hoste occupetur) ad dominum spectet. d. l. 1. C. de jur. emphyt. & hic in fine. item ut emphyteuta jus emphyteuticum, vel meliorationes suas aliis, absque domini consensu, vendere nequeat. l. fin. C. d. t. & similia, quæ diligenter congestit Valascus in tract. de jure emphyt. quest. 4. num. 4. & aliquot seqq. Quod igitur objicitur, Zenonem propriam emphyteuseos constituisse naturam: id non impedimento esse debet, quò minùs iste contractus juri gentium attribuitur: cum non ejus substantiam Zeno immutavit: sed naturam duntaxat propriam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem statuerit, ut Justinia-
 41 nus in hoc §. loquitur. Illud insuper tralatitium videtur, quæcunque contractui alicui jam constituto adjiciuntur, ejusdem substantiam & originem non immutare: sed per omnia contractui principali, cui adjiciuntur, æqualia fieri, ejusdemque naturæ & qualitatis censer. arg. l. inter soverum. 26. §. cum inter. 2. ff. de pactis dot. lib. l. si pro-
 42 prietati. 4. ff. de jure dot. & l. etiam si. 8. C. eod. Quo pertinet communis Dd. theoria: quæ dicitur, qualitates sive accidentia nunquam substantiam vel essentiam rei mutare aut alterare, arg. l. servitutes. 4. §. modum. ff. de servitutib. d. l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt. l. fin. & ibi Bartol. ff. de instructo, vel instrum. leg. Gloss. in l. fin. §. quotiens. verb. anno. ff. de publicanis & vectig. Angel. in l. & an eadem. 14. §. 1. ff. de except. rei judic. Albert. Brun. in tract. de augment. conclus. 3. num. 1. 2. & 3. hos, aliosq. plures referens Ludolph. Schrader. vol. 1. consil.
 43 14. num. 15. Denique ut maximè aliquid jus civile huic contractui addiderit: attamen à potentiore (quod hoc loco est jus gentium) denominationem faciendam esse, in confesso est. l. 2. & l. queritur. 10. ff. de stat. homin. §. sed ius quidem civile. 2. vers. sed quotiens. supr. de iur. nat. gent. & civ. Stat ergo immota sententia: Emphyteusin esse contractum juris gentium, non verò juris civilis.

Nam collapsarunt subductis tecta columnis.

Eique subscripserunt haud inviti noviores quidam, non contemnendæ auctoritatis, Interpretes: Corasius lib. 1. Miscellan. iur. c. 21. & in tract. de iuris arte, part. 2. c. 9. in fin. & in Comment. ad tit. C. de iure emphyteut. sub capite, contractum emphyteusis, iuris gentium, non civilis esse. Cuiac. in paratit. C. d. t. Giphani. ad l. 2. C. eod. Connan. d. lib. 1. Comment. iuris civ. c. 6. num. 11. & lib. 7. c. 22. num. 1. D. Collega Halbritterus in tr. manuscripto, de iure emphyt. c. 1. Hotoman. in §. ius autem gentium. §. de iure nat. gent. & civ. & idem in hoc §. nostro, enunciat. 2. Rittershus. & Mynsinger. num. 5. Bronchorst. cent. 1. in 2110. assert. 79. edit. 2. Petrus Augustinus Morla in Emporio iuris utriusq. part. 1. t. 10. de locato in præmissis. num. 32. Arumens Exercitat. Justin. 14. th. 12.

Schegk. disput. 18. th. 66. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 22. lit. B. Schröter. diatrib. domesticar. decad. 8. quest. 5. Andr. Gerhard. decad. 15. quest. 4. Dn. Collega Besold. disput. 3. pand. ad l. 5. th. 6. & Bachovius lib. 1. disputat. miscellan. cap. 6. pag. 219. cum seq. item in suis not. ad vol. 1. Trentler. disp. 29. th. 9. lit. B. pag. 1124. ubi inquit, absurdos meritò habendos esse eos, qui contractum hunc, tanquam à Zenone noviter constitutum, ad jus civile referunt. Eidem sententiæ quoque suffragatur Erasmus Ungepaup exercit. Justin. 12. quest. 6. in nego. pag. 458. & seq. edit. ult. Licet communiter Dd. reclamant. Accurs. Faber, Joann. de Plat. Cantiuncula, & alii in d. §. ius autem gentium. §. de iur. nat. gent. & civ. Bartol. & Alberic. de Rosate in d. l. ex hoc iure. 5. ff. de just. & iur. Schilbock. Borcholt. Stephanus Bodeus, Schneidevvin. num. 1. Vultejus. num. 6. Heigius num. 9. aliq. in hoc nostro §. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. Idem Borcholt. in tract. de feud. cap. 3. num. 3. & part. 1. disp. de jure emphyteut. th. 2. pag. 109. Guido de Suzaria in tract. de iur. emphyteut. num. 1. Gædd. ad l. ager. 27. num. 19. ff. de verb. sig. Ant. Fab. lib. 15. conject. iur. civ. cap. 4. Kubach. cent. 3. quest. illustr. politico-jurid. decur. 10. quest. 1. pag. 907. cum seqq. D. Bocer. in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. iur. cap. 4. num. 79. edit. 2. & Class. 2. disp. 14. th. 1. & 16. ed. 2. item tract. de qualitat. & differ. feud. c. 1. num. 27. Valascus in d. tract. de iure emphyteut. q. 3. n. 1. & 7. Elbert. Leoninus ad rubr. C. de iure emphyteut. n. 6. Trentler. d. disp. 29. th. 9. lit. b. vol. 1. Forster. junior. lib. 3. disp. 18. th. 9. D. Obrecht. disp. 36. th. 32. & seq. Wegner. disp. 12. ad Instit. th. 5. Matth. Stephani cent. 3. quest. 81. Stuckius part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 6. lit. d. Foman. disp. 1. th. 21. lit. c. & th. 24. lit. d. Timæus Faber disp. anniversar. 24. ad Instit. Imperial. th. 7. lit. a. Hunnius lib. 3. var. resolut. iur. civil. tract. 7. part. 2. quest. 9. Eggebrecht. d. synopsi iuris emphyteut. conclus. 35. Maullius in tract. de emphyteusi. tit. 1. num. 6. & Justus Schütz exercitation. iur. disput. 16. th. 13. lit. b. pag. 252. & seq.

Addo in definitione, nominatus. Tum quia pro-
 prium, certum, & elegans, alteri non conveniens, nomen
 habet, hoc §. l. 1. 2. & 3. C. de iure emphyteut. Tum quia
 innominati contractus reperiuntur tantum quatuor:
 Co, ut des, seu (quod idem est) permutatio: do, ut faci-
 as: facio, ut des: & facio, ut facias. l. naturalis. 5. ff. de
 præscript. verb. Ast inter hos emphyteusis non reperi-
 tur. Tum quia ex nominatis contractibus propria & spe-
 cialis actio competit. l. iuris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. l.
 1. ff. de præscript. verbis, &c. Atqui ex contractu emphy-
 teutico propria & specialis actio competit, nimirum em-
 phyteutica vel emphyteuticaria, l. si finita. 15. §. si de ve-
 ctigalibus. 26. ff. de dam. infecto. l. si cum venditor. 66. in
 princ. ff. de evictionib. & uberius ostendetur infrà suo lo-
 co. num. 576. Ergo emphyteusis est contractus nomina-
 tus. Tum denique quia nisi veteres emphyteusin pro con-
 tractu nominato habuissent, non tam anxie disputassent, u-
 trum esset locatio-conductio, an emptio-venditio. Idque
 communiter traditum esse, testatur Wesenbec. in paratit. ff. si
 ager vectigalis, &c. num. 2. Jul. Clar. in tract. de iur. em-
 phyteut. quest. 2. Angel. & Jason in d. l. 1. C. de iur. em-
 phyt. Idem Jason. & Bartol. in l. un. ff. de conduct. ex leg.
 Anton. Menes. in d. l. naturalis. 5. ff. de præscript. verb.
 Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 18. lit. f. & in hoc §. num.
 72. & seq. pag. 435. Joann. Ferrar. ad Rubr. tit. C. de
 iure emphyt. Arumens Exercit. Justin. 14. th. 13. ad lit. b.
 Mynsinger. hic num. 6. Valascus in tract. de iur. emphyt.
 quest. 6. n. 5. Hænonius quest. illustr. disp. 16. th. 19. ubi
 allegat dissentientem Hedemannum in disp. 17. th. 48. lit.
 b. Videatur Elbertus Leoninus ad rubr. C. de iur. emphyt.
 n. 6. ubi ait, dissentire Baldum in l. ult. C. quando liceat
 ab empt. reced. & in rubr. C. de rer. permutat. Istius au-
 tem rei disquisitio magni effectus est. Etenim in contra-
 ctibus nominatis, re etiam integrâ, excluditur pœnitentia.
 l. sicut initio. 5. & ibi communiter Dd. C. de obligat. &
 act. In contractibus verò innominatis, si res nondum
 intervenierit, & adhuc sit integra, pœnitere licet.
 l. si pecu-

l. si pecuniam. §. in princ. ff. de condit. causa data, caus. non secut. Clarus d. quest. 2. Schneidevvin. ad §. sequens. num. 13. & 14. §. de obligationib. ubi num. 17. & nos hac de re differuimus paulo copiosius.

49 Ajo, emphyteusin esse contractum bonæ fidei. Quoniam perpetua quædam locatio ut plurimum censetur. hoc §. nostro. ibi, perpetuò quibusdam. & c. ubi Heigius n. 20. *l. viam veritatis. 10. C. de locato. Mynsinger. in rubr. hujus tit. num. 1. & hic initio. Cujac. in l. 1. C. de locatio- ne prædior. civilium vel fiscal. & c. Jam verò in §. actio- num. 28. infr. de actionib. bonæ fidei contractibus loca- tio generaliter sive indefinitè annumeratur. Quare ejus indefinitè facta appellatione, hæc quoque locationis per- petuæ species ut comprehendatur, necesse est. Deinde nihil in toto hoc contractu, ad substantiam ejus perti- nens, esse videtur; quod non vel ex locationis, vel em- ptionis contractu acceperit. Est quippe ex utroque illo compositus. hoc §. nostro. Cum igitur ea omnia, ex qui- bus consistit, ad bonæ fidei contractus, emptionem & lo- cationem, pertineant: perabsurdum esset, hunc contra- ctum emphyteuticum, ex illis mixtum & conflatum, di- versæ naturæ à simplicibus suis, ex quibus compositus est, censeri. Ideoque ad regulam generalem, mixta sapere & assumere naturam suorum simplicium, merito referen- dus est. arg. *l. 1. ff. de estimator. act.* Præterea pacta huic contractui in continenti adjecta tam actionem, quam ex- ceptionem pariunt, hoc §. nostro. vers. & siquidem aliquid pactum fuerit, & c. *l. 1. ibi, firma illibataque perpetua sta- bilitate modis omnibus debent custodiri. C. de jur. emphy- teut. cum tamen (secundum veriorē sententiam) pa- cta contractibus stricti juris apposita, tantum ad excipi- endum prosint, non ad agendum. l. juris gentium. 7. §. quinimo. §. ubi Cujac. & Fortunius Garcias num. 26. ff. de pact. l. in bona fidei. 13. ibiq. Donell. C. eod. Decius, Curtius, Porcius, & alii in l. petens. 27. C. d. t. Hotoman. illustri quest. 36. & ad l. lecta. 40. ff. de reb. credit. We- senbec. in paratit. ff. de pact. num. 9. Borcholt. in Com- mentar. de pact. cap. ult. num. 46. & seqq. Bronchorst. cent. 1. *ἐναρτίοναυον*. assert. 23. edit. 1. Quamquam alios circa hanc rem fluctuare, & aliter sentire me non latet, Fachin. lib. 2. controversiar. jur. cap. 99. Cont. lib. 1. di- sp. cap. ult. Duaren. in d. l. juris gentium. 7. §. quin- imo. ff. de pact. Gædd. in Commentar. de contrahend. & committ. stipulat. cap. 8. conclus. 2. Guilhelm. Forster. in tractat. de pact. cap. 8. membr. 2. pag. 245. ubi plures ci- tat. Denique omnes contractus, qui solo contrahenti- um consensu fiunt, bonæ fidei sunt. Siquidem in iis alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, etiam si linguâ non sit nuncupatum, vel verbis nominatim non expressum, ut traditum est *s. tit. de obligationib. ex consensu. l. sed Celsus. 6. §. 1. vers. in emptis & venditis, & c. ff. de contrah. empt. l. 2. §. fin. ff. de obligat. & act.* Hunc autem contractum emphyteuti- cum solo consensu constare, mox audituri sumus. Eum ergo bonæ fidei esse rectè statuimus.**

53 Nec nobis adversatur, quod vulgò objicitur, omnes bonæ fidei contractus recenseri in d. §. actionum. 28. infr. de actionib. & inter illos emphyteusin non reperiri, adeo- que bonæ fidei contractum non esse. Nam omnes con- tractus bonæ fidei vel verbis vel sententiâ dicti §. conti- nentur. Verba emphyteusin non exprimunt: sententia uti- que; quoniam sub actione locati comprehenditur. At non tam quid verbis, quam quid sententiâ legis exprimi- tur, attendendum est. *l. nominis. 6. in fin. ff. de verb. signi- fic. l. scire leges. 17 ff. de legib. l. non dubium. §. C. eod. Do- nell. in d. §. actionum. num. 34. infr. de actionib. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. cap. 12. Wesenbec. in hoc §. n. 8. D. Halbritter. in Comment. de jur. emphyteut. c. 1. & in elegante disput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Re- spondente D. D. Samuele Bansovio, thes. 4. Arumæus Ex- ercitat. Justin. 14. thes. 13. Althusius lib. 1. juris Roman. c. 31. Forster. junior. disput. 18. thes. 10. Trentler. disp. 29. thes. 9. lit. c. vol. 1. & ibi Bachovius in suis not. pag. 1124. nec non Hunnius quest. 32. pag. 1786. & idem lib.*

3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 10. Schegk. in delibatis jur. disputat. 18. thes. 66. lit. d. Hænonius questionum illustr. disput. 16. thes. 19. lit. b. Dissentiunt tamen Dd. plerique omnes, Bald. Jason in d. l. 1. num. 176. Salicet. ibid. in fin. & Sichard. num. 6. & 46. C. de jur. emphyteut. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 17. & d. tract. de qualitat. & different. feudor. cap. 1. num. 28. item in hoc §. num. 63. cum seqq. pag. 433. & seqq. Guido de Suzaria in tract. de jur. emphyteut. num. 3. Joan. Ferrar. ad rubr. C. d. t. Gædd. de contr. & committ. stipul. d. cap. 8. conclus. 2. num. 53. Joachimus Scheplitz. in not. ad promptuar. tam juris civ. quam feudal. Balthasari Klam- meri tit. 10. de emphyteus. §. 1. num. 6. Alvar. Valascus in tract. de jure emphyt. quest. 5. num. 7. aliq. ab eo alle- gati. Quibus suffragantur Stuckius d. part. 1. Exercit. Justin. decad. 12. assert. 6. tit. E. Cludius de sequestrat. cap. 1. num. 30. Manlius d. tract. de emphyteusi. tit. 1. n. 8. Rutger. Ruland. in tract. de Commissar. & commiss. Ca- mer. Imper. part. 3. lib. 5. n. 9. eumq. citans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 37. Cæterum huc re- ferenda sunt, quæ annotavi in addit. ad Jul. Clar. §. em- phyteusis. quest. 2. num. 23. & seq.

Adjicio in definitione solo consensu constans. Quia §. emphyteusis ad sui perfectionem sive substantiam, neque reitraditionem, neque verba, neque scripturam necessa- riò requirit: sed sola conventio de concedendo prædio fruendo, & præstandâ annuâ pensione obligationem & vim illi tribuit, arg. hujus §. & l. 1. C. de jure emphyteut. tot. tit. s. de obligat. ex consensu. l. 2. ff. de obligat. & act. l. qui ad certum. 14. ff. locati. Quibus in locis habetur, emptionem & locationem solo consensu perfici. Ergo & hic contractus, utpote ex iis compositus, solo consensu absque traditione perficitur. Neque obest, quod in hoc §. proponitur, prædium perpetuò fruendum alicui tradi- tum fuisse. vers. ut ecce de prædiis, quæ perpetuò quibus- dam fruenda traduntur, & c. Etsi enim in facto præmit- titur, traditionem prædii intervenisse: ex subsequenti ta- men responsione tacitè evincitur, ad contractus emphy- teutici substantiam, traditionem non desiderari. Is liqui- dem contractus antiquitus putabatur esse vel emptio & venditio, vel locatio & conductio. Hi autem contra- ctus rei traditionem ad sui substantiam seu perfectionem minimè desiderant, ut arguit versic. at nec dari quic- quam. in d. t. supra, de obligationib. ex consensu. Sola igitur (ui paulo antè dictum) conventio & pactio vali- dum firmumque hunc contractum efficit, obligationem- que parit. Nec etiam rarum aut infrequens est, ut in facto plura, quam substantia contractus exigit, propo- nantur, ut patescit ex l. naturalis. §. §. 1. ff. de præ- scriptis verb. & leg. fin. ff. de condit. causa data, & c.

Quid ergo? an non scriptura ad substantiam hujus §. contractus præcisè requiritur? Id sanè plurimi affirmant, Accursius hic in verb. neque ad locationem. Angel. A- retin. num. 8. Schneidevvin. num. 7. Mynsinger num. 23. & Heigius num. 24. Bald. Salicet. Jason, Corasi- us num. 8. & 12. Elbertus Leoninus num. 3. & Si- chard. num. 32. ad d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. Cla- rus lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 4. Vigel. lib. 5. jur. controvers. c. 7. reg. 7. Donellus lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 445. Borcholt. in tractat. feud. cap. 3. num. 7. & part. 1. disputat. de jure emphy- teut. thes. 4. pag. 118. Bronchorst. cent. 1. *ἐναρτίοναυον*. assert. 78. edit. 2. Forster. junior. disputat. 18. thes. 11. D. Obrecht. disputat. 36. th. 80. D. Bocer. in Com- mentar. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. num. 77. edit. 2. & dict. class. 2. disputat. 14. thes. 3. 15. & 20. item in tract. de qualitat. & different. feud. cap. 1. n. 19. & seqq. & in hoc §. num. 42. cum seqq. pag. 429. & seqq. Octavian. Cacher. decis. Pedemont. 53. num. 1. Afflict. decis. 72. num. 7. Alexand. consil. 117. num. 4. volum. 1. & consil. 50. num. 4. volum. 5. Paris. consil. 77. numer. 7. vol. 3. Cravett. consil. 112. num. 8. Roland. à Valle consil. 87. num. 9. vol. 1. Alvar. Valasc. in tractat. de jur. emphyteut. quest. 7. num. 2. Mascara-

Mascardus conclus. 602. n. 1. & 2. itemq; conclus. 604. n. 4. vol. 2. Schickhard. disp. 14. ad Instit. thes. 5. sub lit. a. & resolut. quest. 1. Paulus Berens. disp. 11. ad Instit. them. 2. quest. 5. Hunnius d. lib. 5. var. resolut. jur. civil. tract. 7. part. 2. quest. 11. Eggebrecht. d. synopsi jur. emphyteut. conclus. 40. lit. C. Leonhard. Rosa in disp. 8. de jure emphyt. th. II. vol. 3. Disputationum Basileens. Knipschildt d. exercit. 9. quest. 5. pag. 328. Justus Schütz d. disp. 16. th. 14. pap. 253. aliq; per illos relati. Verum non pauci illud negant, Accursius, sibi contrarius, & Bartol. in d. l. 1. C. de jur. emphyteut. Speculator. tit. de emphyteusi. n. 5. Anton. de Butrio, & Panorm. in c. potuit. 4. de locato. Curt. Jun. & Alciat. in l. pactum, quod bonafide. 17. C. de pact. Lud. Roman. consil. 103. n. 6. Molin. in consuetud. Paris. tit. 2. in princ. n. 38. & seq Guido de Suzar. in tract. de jur. emphyteut. num. 4. Conrad. Rittershus. lib. 1. partition. feud. cap. 2. quest. 2. pag. 81. Francisc. Sarmient. lib. 3. selectar. interpret. c. 2. n. 5. Connan. lib. 7. Commentar. jur. civil. c. 12. n. 6. Forcatul. Necyomantie Dialog. 19. n. 9. Kirchoy. commun. opin. cent. 2. concl. 6. Vultejus lib. 1. jurispr. Roman. c. 36. in fin. pag. mihi 159. & in tract. de feud. lib. 1. c. 7. n. 42. pag. 177. Halbritter. in tractat. de jur. emphyteut. cap. 1. & in d. disp. de jur. emphyteut. de Anno 1602. thes. 5. ad lit. b. Hackelman. disp. 11. thes. 14. lit. b. Giphanius lib. 3. disp. 29. thes. 22. & num. 25. Bachovius in notis ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 9. lit. D. pag. 1125. nec non nuperrimè Richter in tract. de contractib. 58 disput. 10. th. 3. sub lit. e. pag. 312. Hujusque negatæ sententiæ, cui & ego, ceu veriori, meum addo suffragium, ratio multiplex redditur. I. Quia vulgata juris est regula: scripturam ad rei gestæ substantiam aut fidem necessariò non requiri. l. contrahitur. 4. ff. de pignorib. & hypothec. l. in re hypotheca. 4. ff. de fide instrumentor. l. in exercendis. 15. C. eod. l. qui ad certum. 14. ff. locati. d. l. 1. pactum, quod. 17. C. de pact. At à regula, donec aperte demonstraretur exceptio, non recedendum est. Bartol. in l. 2. n. 1. ff. si quis in jus voc. non ierit. Decius n. 7. & Sturcius n. 29. in l. 1. ff. de reg. jur. Menoch. consil. 231. n. 52. consil. 238. n. 17. consil. 251. n. 35. & consil. 272. num. 32.

60 II. Quia argumentum à feudo ad emphyteusin procedere, indubitatum est, ut docuit Jason in d. l. 1. C. de iur. emphyteut. Everhard à Midelburg. in Top. legal. loco, ab emphyteusi ad feud. Schrader. in tract. feud. part. 7. cap. 5.

61 n. 51. Atqui in contractu feudali scripturam non esse necessariam, feudique concessionem etiam per testes probari posse, constat. cap. 1. quid sit investitura. lib. 2. feudor. tit. 2. ubi plerique Feudistæ. Hippolyt. de Marsil. in rubr. C. de probat. n. 31. Bald. cons. 351. n. 3. vol. 1. Matth. de Afflict. in constitut. Neapol. libr. 2. rubr. 35. n. 12. Mascard. d. vol. 2. de probat. conclus. 768 & 769.

62 III. Quia in hoc §. nostro scriptum extat; tantam esse inter contractum emphyteuticum & inter venditionem locationemque familiaritatem sive similitudinem, ut à veteribus dubitatum fuerit, num ille contractus venditioni, an locationi sit associandus. Jam verò si contractus emphyteuticus in scriptis præcisè esset conficiendus: inepta veterum fuisset dubitatio, utrum venditio vel locatio esset: siquidem certissimi juris est, venditionem & locationem solo consensu, absque scriptura, perfici. t. tit. f. de obligat. ex consens. l. contractus. 17. C. de fide instrumentor. & jurib. similib. superius allegatis. IV. Quia Justinianus Imp. in hoc ipso §. omnia, quæ à Zenone in d. l. 1. C. de iur. emphyteut. constituta sunt, summatim refert & explicat; & tamen nullius prorsus scripturæ meminit: sed simpliciter asseverat, quod ea, quæ pactionibus intervenientibus in contractu emphyteutico acta sunt, servari & custodiri debeant; proindeque vim ejus totam conventioni, sine scriptura celebratæ, attribuit.

63 V. Quia idem Justinianus in l. 2. ibi, sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, &c. & in l. 3. ibi, sin autem nullo modo huiusmodi pactio interposita est, &c. C. de iur. emphyteut. non obscure innuit, quicquid in hoc contractu in pactionem conventionemvè deductum est, observari debere: atque adeò omnem hujus contractus vim in conventionem, etiam sine scriptis interpositâ, con-

sistere ostendit. Etenim si scriptura seu instrumentum de substantia hujus contractus esset, illo non interveniente, vel deperdito, ipso jure nullus foret contractus: quod tamen falsum esse, clarescit ex d. l. 3. in princ. C. eod. VI. Quia idem Imperator Justin. in Novell. 7. 64 in prefat. §. 1. vers. Anastasius autem, &c. refert: Imperatorem Anastasium constituisse, quod in perpetua rei Ecclesiasticæ emphyteusi scriptura sit necessaria: in temporanea verò, quæ scilicet fit ad solam vitam accipientis, interponi illa necessariò non debeat. Jam si ex Zenoniana constitutione generaliter scriptura ad hujus contractus substantiam requireretur: frustratoria & supervacanea fuisset Anastasii (qui 26. annis imperavit post Zenonem) constitutio, quæ per emphyteusin res Ecclesiasticæ in perpetuum alienari, absque scripturæ intervenitu, non posse sancivit. Molin. in consuetud. Paris. d. tit. 2. in princ. num. 39. Estque manifestius, quam ut 65 negari à quoquâ possit: Anastasium dicto in loco non extendisse aut ampliassè, sed restrinxissè magis facultatem alienandarum rerum Ecclesiasticæ. Nam relata Imperatoris Leonis constitutione, Justinianus hæc subjicit verba: *Anastasius autem pie memoria, &c.* Ex quo verborum ordine apparet, Anastasium coarctasse rerum Ecclesiasticæ in emphyteusin concessionem, post Leonem constituendo, ut scriptura ad perpetuam Ecclesiasticæ rei emphyteusin adhibeatur. Ait enim Justinianus: *Anastasius autem gesta monumentorum constituit fieri, & tempus certum, &c.* Hoc cum verè ita se habeat: frustra 66 conatur Cacheranus d. decis. pedemont. 53. num. 1. hanc Molinæi interpretationem, tanquam paradoxam, explodere. Etenim: ut modo dictum, Justinianus retulit Leonis constitutionem, & primò quidem ejus prohibitionem, quomodo interminatus sit emptori, æconomò vendenti, tabellioni instrumentum venditionis conficienti, item iudicibus: deinde quid permiserit, &c. Nec movet, quod in d. Nov. 7. in d. prefatione. vers. ad hoc autem, &c. hæc verba legantur: *Et tabellionem, qui talia confecit instrumenta, &c.* adeoque videatur ex eo, quod tabellioni interminatus sit pœnam, colligi posse: fuisse cautum à Leone Imperatore, qui Zenonem præcessit, in alienationibus rerum Ecclesiasticarum documenta requiri. Quandoquidem non minùs evidenti argumentatione evinci & hoc potest: Leonem hoc quoque constituisse, ut iudices interveniant: cum æquè eorum, ac tabellionum mentionem fecerit. d. vers. ad hoc autem. ibi, ipsos quoque maximos iudices, &c. Si dixeris: de iudicibus quod affertur, eum habere sensum, si apud iudices hic contractus fuerit initus; non quod necesse sit semper apud eos contrahere. Tunc sanè idem de tabellione fuerit admittendum. Nec enim aliâ occasione, aliove respectu iudicum, quàm tabellionis mentio facta fuit. Sed & in d. vers. ad hoc. & in 67 d. §. 1. vers. quia verò didicimus, &c. ideo solum de documentis sive scripturâ facta fuit mentio: quod ea frequenter adhiberi soleat in hoc contractu: ne fides aliàs, defunctis testibus, per temporis longinquitatem perimatur. Et quid multis? Anastasium fuisse primum, qui scripturam hoc in contractu intervenire constituerit, clarissimum est ex d. vers. Anastasius autem, &c. per hæc verba ibi expressa: *Anastasius autem gesta monumentorum constituens fieri super alienationibus, &c.* Id quod certè Justinianus de Anastasio falsò scripsisset, si ante ipsum Leo gesta monumentorum fieri constituisset. Hoc insuper perquam absurdum est, quod Cacheranus loco supra notato ampliùs subjungit, & sentit: quod Leo constituerit, requiri scripturam in alienatione rei Ecclesiasticæ, id Zenonem in d. l. 1. C. de jure emphyt. extendisse etiam ad res privatorum: sed Anastasio postea visum fuisse distinguere inter emphyteusin temporalem, & perpetuam: ut hæc cum gestis, illa sine gestis fieret. Cum enim Anastasius in rerum Ecclesiasticæ duntaxat, & non etiam privatorum alienatione distinctionem istam fecerit. d. vers. Anastasius autem, &c. sequeretur inde, eum faciliùs rei Ecclesiasticæ, quàm alicujus privati, in emphyteusin concessionem admisissè.

Sic et-

Sic etenim, secundum legem Zenonianam, res privatorum sine scriptura generaliter non recte in Emphyteusin concederentur: Ecclesiae vero res ad vitam accipientis solummodo, sine scriptura ex Anastasii constitutione concedi posset. Hoc autem dictum perquam absurdum esse, nemo non animadvertit.

- 68 Porro nihil plane ad rhombum facit, quod Dominus D. Bocerus in d. tract. de qualit. & different. feudor. cap. 1. num. 26. pag. 109. & in hoc §. num. 57. cum seq. pag. 412. ad destructionem hujus fundamenti nostri, ex d. Novell. in princ. §. 1. siue ult. vers. Anastasius. extructi; contendit: per gesta monumentorum, illic intelligendam esse scripturam publicam: adeoque in emphyteusi civili siue seculari privatam duntaxat desiderari scripturam: ast in emphytheusi ecclesiastica exigi monumentorum gesta, id est (ut ipse interpretatur) scripturam publicam. Et enim nullo evidenti textu juris demonstrari poterit, per monumentorum gesta scripturam tantum publicam exaudiendam esse. Nam quod concernit textus, à Dn. D. Bocero allatos: ii non omnes simpliciter loquuntur de monumentorum gestis: sed addunt plerique verbum insinuationis: ex quo appareat, qualia monumenta in istis textibus intelligi debeant, nimirum illa, quae ad insinuationem donationis, summam quingentorum solidorum excedentis, coram magistratu expediendam, requiruntur, sicque publicis actis insinuata & comprehensa sunt: ut videre est in l. penult. §. ult. C. de donat. & Novell. 19. in princ. & locis similib. Sed & exploratum est: generali monumenti appellatione comprehendi omne id, quod ad memoriam posteritatis spectat, ut Cicero lib. 5. 70 familiar. & passim, tradit. Eoque confert l. census. 10. ff. de probationib. ubi Marcellus ait: monumenta publica potiora esse testibus. Quibus utique verbis non obscure indicat, esse quoque monumenta privata. Alias enim non addidisset verbum, publica. Idque latius confirmat Hugo Donellus in tract. de fide instrument. cap. 2. pag. mihi 279. Adhuc posito (sed citra veritatis praedictum) in praedicta Novell. 7. per monumentorum gesta intelligendam esse tantummodò scripturam publicam: atque adeo in ecclesiastica emphyteusi requiri publicam scripturam: non tamen inde sequeretur, quod in civili seu seculari emphyteusi scriptura privata exigeretur. Siquidem in ea nullam plane, siue publicam, siue privatam scripturam esse necessariam, paulò antè sat firmis argumentis demonstratum est. Denique quia usu haec sententia & consuetudine recepta est, ut testantur Bart. in d. l. 1. num. 6. C. de jur. emphyteut. Socin. senior. cons. 120. n. 24. lib. 4. Joan. Rimin. cons. 421. num. 28. vol. 3. Dec. cons. 420. & cons. 540. Corn. consil. 187. col. fin. lib. 1. Paris de puteo in tract. de reintegr. feud. in cap. pone quod fuit, col. 2. n. 7. fol. 86. hosq. referens Valascus d. tract. de jur. emph. quaest. 7. n. 2. Idem firmat Mynsinger. Respons. 66. n. 5. Decad. 7. Consuetudo autem est optima legum interpretres, l. si de interpretatione. 37. ff. de legib. cap. cum dilectus. 8. de consuetud. & opinioni à consuetudine approbata standum est. arg. l. minimè. 23. & l. de quibus. 32. ff. de legib. l. 1. vers. sanè crebrior. ff. de offic. quaestor. Dd. in l. dos à patre. 4. C. soluto matrimon. & in l. 1. & Auth. ibi posita. Cod. si secundo nupserit mulier, &c. Menoch. de praesumptionib. lib. 2. praesumpt. 71. n. 22. ubi plures citat. Est igitur verissima sententia putantium; scripturam ad substantiam hujus contractus non requiri: nisi res Ecclesiae in perpetuum in emphyteusin concedatur. Quà de re latius infra n. 164. & seqq.
- 73 Huic tot rationibus jam relatis corroborata conclusio non obstat l. 1. C. de jure emphyt. ubi Zeno scripturae meminit, & ablativis absolutis utitur, Scriptura interveniente: quorum ea est natura, ut conditionem inducant. l. ab emptione. 58. ff. de pact. l. si mandatu meo. 45. §. ult. ff. mandati. l. creditor. 13. in princ. ff. qui potior in pignor. hab. l. evictis. 18. & l. lite contestata. 35. ff. de usur. l. fructus. 7. §. divortio facto. ff. solut. matrim. l. attestatore. 109. ff. de condit. & demonstrat. l. acceptis. 93. ff. ad L. Falcid. l. facta. 63. §. rescripto. ff. ad SC. Trebell.
- 74 At conditionem praecise & ad unguem esse servandam, nec per aequipollens adimpleri debere, palam est. l. qui

heredi. 44. §. contra. 3. & l. Marcus. 55. ff. de condit. & demonstrat. Lex, inquam, ista non obstat. Et si enim in ea (ut & in l. 2. & 3. C. eod.) sit mentio scripturae siue instrumenti intervenientis: non tamen propterea sequitur, scripturam plane esse necessariam. Nam etiam dos pacto nudo constituitur. l. ad exactionem. 6. C. de dotis promissione, &c. & tamen lex meminit instrumenti dotalis, in l. fin. post princ. Cod. eod. tit. Enim vero lex illa astruit, pactiones super emphyteusi, scriptura interveniente, celebratas, firmas esse; non quod scriptura necessariò requiratur: sed quod (ut jam superius dictum) frequenter & plerumque hic contractus in scripturam redigi soleat: ut facilius, si fortassis ejus memoria periclitaretur, ex scriptura in memoriam revocari, comprobarique posset. Deinde ex ipso dicta l. 1. contextu, si penitus introspectatur, manifestè apparet; illis verbis, scriptura interveniente, non significari, scripturam in contractu emphyteutico necessariam esse: siquidem Zeno ibidem haec subjicit verba: ita ut si interdum ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, &c. Quibus clarissimè indicat; pactiones, quarum in praecedenti versiculo fecit mentionem, non esse necessariò in scriptum redigendas: sed etiam absque scriptura subsistere. Vult etenim omnino, sufficere pactorum conventionem. Hancque ipsius fuisse mentem, constat ex hoc §. nostro, ubi Justinianus ex illa Zenoniana constitutione, ad contractus emphyteutici perfectionem, nudam conventionem, sine scriptis initam sufficere, luculenter eo ipso ostendit, quod nullius scripturae mentionem injecerit. Adhuc ablativi isti, scriptura interveniente, non ad hujus contractus substantiam, sed ad pacta ei adjecta referuntur. Ait namque Zeno, emphyteusin esse justum validumque contractum; in quo cuncta, quae inter utrasque contractantium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri. Ubi certè prius de contractu perfecto validoque verba facit, & postea demum subnectit, pactiones scriptura interveniente illi appositas, esse modis omnibus custodiendas. Ideoque si per istos ablativos, scriptura interveniente, aliqua scripturae necessitas importaretur: sequeretur inde, non quidem contractum emphyteuticum, sed pacta ei adjecta scripturam desiderare. Quod cum pronunciatu absurdum sit: recipienda erit interpretatio nostra, quae isthac absurditas evitari possit, arg. l. in ambigua. 19. ff. de legib. l. nam absurdum. 7. junctà l. praeced. ff. de bonis libertor. l. 1. §. & restituendi. vers. est enim absurdum. ff. de publican. & vectigalib. Praeterea non perpetuum est: ablativos absolutè positos conditionem inducere vel continere. Nam his ablativis interdum factum duntaxat intelligitur, & nulla conditio. l. necessarium. 2. §. exactis deinde regibus. 16. ff. de orig. jur. Denique argumentum in d. l. 1. C. de jure emphyteut. quae vulgaris opinio fundatur, à contrario sensu sumitur. Quod argumentum nullius momenti esse, si ex eo vel pravus & contra leges alias intellectus resulter, vel correctio communium regularum juris introducatur, notatur in l. 1. in princ. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. & in l. 2. C. de conditionib. insertis, &c. & docuit Everhardus à Midelburg. in locis suis legalib. loc. à contrario sensu. n. 4. & seqq. Utrumque autem hinc, si isti argumentatio ni esset locus, accideret. Neque enim solum textus expressus evidenti demonstratione contrarium disponens ex d. Novell. 7. in praefat. §. 1. vers. Anastasius, &c. adduci potest: sed etiam trita regula juris est: scripturas fieri; ut, quod actum est; per eas facilius probari queat: sine his verò valere, quod actum est, si probationem habeat. d. l. in re hypotheca. 4. ff. de fide instrumentor. cum concordantibus si. allatis. num. 58. At dices: 81 emphyteuticus contractus aliter, quam scriptura, probari non potest. Quasi verò testibus, aliove modo commode probari non possit. Annon ex solutione annui canonis perspicue satis de re in emphyteusin concessa constabit? Ac sanè ex praestatione canonis, per diuturnum tempus tanquam ab emphyteuta facta, contractum emphyteuticum praesumi, multorum auctoritatibus confir-

mat Menochius, de *presumptionib. lib. 3. presumpt. 108.* Nec obest, quod in contrarium assertur, contractum emphyteuticum requirere pro sui essentia scripturam: quæ non præsumitur ex cursu temporis, ubi pro essentia vel solennitate actus exigitur. *Felin. in cap. sicut. colum. 17. de re judic. Ruin. consil. 69. colum. 6. vers. secundo responde- tur. lib. 1. & cons. 49. num. 9. libr. 4.* Firmis enim ac invi- ctis rationibus jam supra ostensum & decisum est: con- tractum emphyteuticum solo consensu absque scripturâ iniri. Reliqua, quæ à D.D. Bocero & Hunnio, *locis supra notatis*, obijci huic assertioni solent argumenta, abundè refutata sunt in *additionib. meis ad Jul. Clar. §. emphyteu- sis, quest. 4. n. 10. & seqq.*

83 Refutatis igitur omnibus D. Boceri argumentis, qui- bus ipse adductus scripturam de substantia hujus contra- ctus esse putabat; & quæ à quoquam in æternum refutari non posse, falsò sibi persuadebat, in hoc §. sub num. § 1. pag. 430, illud porro investigandum restat, quàmnam in re aliâ, differentia specifica & forma contractus emphyteutici consistat & contineatur, si non scripturâ. Hoc etenim au- dire & scire percipit Dn. Collega Bocerus, *hic num. 49. pag. 429.* Præmittendum itaque; differentiam specificam dici, qua species sub eodem genere contentæ inter se di- stinguuntur. Ita enim inquit Porphyrius in sua *Isagog. cap. 3. διαφορά ἐστὶ τὸ χωρίζειν πρὸς τὰ ὑπὸ τὸ αὐτὸ γέ- νος.* Et in fine: *Εἰνεν ἕνα ἐνδοκοιοὶ διαφορά, ὅτι ἐτερον ἕδος ποιεῖται.* Cum proinde emphyteusis sit sub genere contra- ctuum ex consensu: dispiciendum, quomodo ab aliis e- jusdem generis speciebus, puta emptione-venditione, lo- catione-conductione, societate, & mandato differat. Si quid igitur deprehensum fuerit in emphyteusi, quod idem non deprehendatur in reliquis contractibus ex consensu: in eo procul dubio differentiam specificam emphyteu- seos consistere, dicendum. *Id autem est præstatio canonis,* siue potius conventio de præstando canone, quotannis in recognitionem domini solvendo. Talis quippe præstatio in nullo reliquorum contractuum ex consensu reperitur, ut cuius patet. Hæc ergo contractus emphyteutici diffe- rentia specifica erit; neutiquam verò scriptura, ut erroneè sentit Dn. Collega Bocerus. Si enim scripturam statuere- mus differentiam specificam: sequeretur, quod & em- ptio-venditio, & locatio-conductio, & societas, & manda- tum, in emphyteusi degenerarent, quoties scriptura in- tervenit. Posito namque genere & differentia specifica; ponitur ipsa species. Sicuti posito animali, & rationali; ponitur homo. Cum itaque posito contractu ex consensu, & scripturâ; non ponatur emphyteusis statim (cum & alii contractus ex consensu in scripturam redigi possint) apparet utique, differentiam specificam hujus contractus in scriptura consistere, non nisi ineptè dici posse.

Atque ex hac decisione patet etiam resolutio seu re- sponsio ad istam quæstionem, quâ in dubium vocatur: utrum in distractu, per quem ab emphyteusi constituta re- editur, scripturam sit necessaria? Et eam quidem non mi- nus in distractu, quàm contractu emphyteutico desidera- ri, opinantur nonnulli, relati à Cacherano *d. decis. § 3. num. 84. 10. & seqq.* hac ratione permoti? Quia solennitas, quæ requiritur in contrahendo, requiritur quoque dissolven- do, *Auth. contra in Cod. de repud. & ea, quæ requiruntur necessariò ad alicujus actus constructionem, exiguntur pa- riter ad ejusdem destructionem. l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. Bartol. in l. actor. 9. num. 9. ff. rem ratam haberi. Paul. de Castro in l. tria prædia. 31. num. 5. ff. de servit. præd. rusticor. Dec. in cap. cum omnes. col. 5. vers. aut in primo actu. de constit. Jason in l. omnium 19. num. 9. Cod. de testamentis. & con- sil. 141. num. 2. vol. 4.* Verùm cum demonstratum sit ab- undè; contractum emphyteuticum nudo consensu sine scripturâ perfici: opinio hæc, utpote debili falsoque suffulta fundamento, per se absque ullâ refutatione cor-ruit: & ex adverso plusquàm manifestum evadit, à con- tractu emphyteutico nudâ conventionem, nullâ etiam in- terveniente scripturâ recedi posse. *Quam rem uberius per-*

sequitur D. Halbritter. d. tract. de jur. emphyteutic. cap. 1. circa finem.

Sed ut ad definitionem regrediar, rectè in eâ sequi-85 tur, *quo dominus.* Dantem enim siue concedentem omni- no dominum esse oportet: quoniam ab alio, quàm do- mino, emphyteusis non rectè constituitur. *hoc §. nostro. ibi, pro his domino. & versicul. sed talis. ibi, ad dominum. & c. Jason. in l. 1. num. 38. & 39. Cod. de jure emphyteutic. cum nemo plus juris in re quaque in alterum transferre* 86 possit, quàm ipse habet. *l. nemo plus. § 4. ff. de reg. jur. Do- nell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 13.* Dominum autem intelligimus illum, quicumque rei in emphyteusin datæ dominium habet, tradente Johanne Borcholt, in tract. de feud. cap. 3. n. 4.

Infero præterea definitioni hæc verba: *de dando præ-* 82 *dio suo.* Quibus verbis nota siue differentia hujus contra- ctus propria continetur. Nam locum is tantum habet in prædiis, hoc est, in rebus soli siue immobilibus. In mo- bilibus siquidem, quæ usu non meliorantur; sed aut u- tendo pereunt, aut deteriores fiunt, emphyteusis consti- tui, & utile dominium alteri concedi non potest. *l. 1. & rubric. tit. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet. hoc §. nostro. ibi, de prædiis. & ibi, id prædium. & c. Jason in d. l. 1. num. 181. C. de jur. emphyteut. ibique Azo in sum- ma sua. num. 1. Decian. respons. 123. num. 44. vol. 3. Va- lascus de jur. emphyteut. quest. 1. num. 4. & q. 2. num. 1. & 11.* Nec moveor, quod ususfructus in rebus etiam mobilibus consistere queat. §. constituitur. 2. *supr. de usu- fruct. l. 3. §. 1. l. numismatum. 28. l. statua. 41. ff. d. t.* Usu- 89 fructuarius enim non utile (quod vocant) dominium, sed utendi fruendique saltem facultatem, à jure domini separatum, vel certe jus, quod in multis casibus similitu- dinem habet domini, consequitur. *l. 1. & l. 4. ff. de usufr. & c.* Unde passim agri vel fundi dicuntur vectigales siue emphyteuticarii, in quibus nimirum jus emphyteuticum constitutum est. *d. l. 1. & tot. t. ff. si ager vectigal. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus. & l. tutor. 16. §. ult. ff. de pi- gnor. act.* Atque ita agri vectigales, & agri vel prædia 90 emphyteuticaria idem sunt: quoniam in Pand. Florenti- nis ita titulus habet: *Si ager vectigalis, id est, emphyteuti- carius petatur.* ut etiam explicatur in *l. sciendum. 1. in princ. ff. qui satisd. cog.* & quia utriusque agri, puta ve- ctigalis & emphyteuticarii, eadem est definitio. Etenim quæ definitio est agri vectigalis in *d. l. 1. ff. si ager vectigal. & c.* eadem est agri emphyteuticarii in præsentī §. Con- 91 stat autem, definitionem id ipsum esse, quod res est, quæ definitur: ut, quorum definitiones eadem sunt, ea quo- quo inter se necesse sit esse eadem. *Donell lib. 9. Comment. de jure civil. cap. 13. pag. 443. num. 40. & seq. D. Ob- recht. disp. 36. thes. 48. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 26. Hænonius quest. seu controvers. illustr. Disput. 16. con- troversia 18. ubi dissentientem allegat Molinaum in con- suetud. Paris. tit. 2. in princ. num. 25. & seqq. nec non Co- rasium in l. ei, qui. 16. in fin. ff. de servitutib. & ad tit. C. de jure emphyteut.*

Subjicio item, in perpetuum. Est siquidem primava 92 hujus contractus natura, ut sit perpetuus, hoc nostro §. ibi, *de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. l. 1. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet. l. quicunq; possessiones. 3. ibi, sed eas in perpetuum. C. de fundis patri- monialibus, & c. Novell. 7. cap. 1. vers. alienationis autem nomen, & c. Novell. 120. cap. 1. §. si verò quadam & cap. 6. §. 1. Menoch. libr. 3. de presumptionibus. presumpt. 109. num. 12.* Atque inde est, quod si non constiterit, emphy- 93 teusin ad vitam vel certas generationes fuisse concessam, perpetua esse judicetur. *Angel. in d. Novell. 7. c. 3. Jason in l. 2. num. 160. C. de jure emphyteut. hosq; allegans Al- var. Valascus in tract. de jur. emphyteut. quest. 1. num. 12.* Inde quoque hoc jus emphyteuticum sæpe dici solet jus 94 perpetuum, & interdum jus perpetuum, & nonnun- quam locatio perpetua, & ipsi emphyteutæ coloni per- petuarii. *l. 1. C. de officio Comitum sacri Palatii. l. 1. 3. & §. C. de locat. prædior. civil. & c. l. viam veritatis. 10. C. de lo- cato. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 12. num. 2.*

Tiraq. de retr. lignag. §. 1. gloss. 14. n. 84. Heigius hic n. 3. Vide tamen Gasparum Schifordegherum lib. 1. ad Ant. Fabr. tract. 18. quest. 1.

95 Subjungo, *vel ad tempus*. Quamvis enim hic contractus sua natura sit perpetuus, *ut modo ostensum*: tamen etiam ad tempus, puta ad 10, 20, 30. pluresve annos, vel ad vitam concedentis, seu ad duas, vel tres generationes (appellant quippe vulgariter generationem, vitam uniuscujusque emphyteutæ) pactis partium emphyteusim concedi posse, notum est *l. ult. ff. si ager vectigal. & c. d. Novell. 120 c. 5. in princ. ibi, ultra quinquennium volumus fieri. & d. cap. 6. §. 1. Cujac. in l. 1. C. de locat. praedior. civil. Jul. Clar. de jure emphyteut. q. 28. n. 3. Giphani. libr. 3. disputat. juris civil. Disp. 29. thes. 21. & ibi Olemannus num. 24. Elbert. Leoninus ad l. 1. num. 1. C. de jure*
 96 *emphyt.* Nec ideo vera & propria emphyteusis esse definit: quia licet naturalia contractus mutantur: non tamen nomen, vis & substantia ipsius contractus subvertitur. *Jason in l. cum quid. 3. num. 2. ff. de reb. credit. si cert. per. Joan. Socarratis ad consuetud. Cathalo. pag. 122. n. 15. & fusiùs Valasc. d. quest. 1. n. 12.*

97 Quæri hic poterit: num locatio ad longum tempus, siue ultra decennium facta, transferat utile dominium in conductorem, adeoque in emphyteusim transeat & degeneret? Id quidem affirmant Doctores plerique. *Ruin. consil. 57. vol. 1. & consil. 61. colum. 1. Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gl. 14. num. 79. cum seqq. Mozzius de locat. & conduct. cap. de divis. locat. num. 7. & 8. Joan. Petr. de Ferrar. in tit. formalibell. ad facti præstationem. gloss. 1. in princ. Socin. consil. 167. non utilis. colum. 2. lib. 2. & consil. 156. n. 6. lib. 1. Raph. Fulgos. consil. 240. Jason in l. 2. n. 8. C. de jure emphyteut. Boer. decis. 234. Felin consil. 15. num. 4. & 9. Cujac. hic in Notis suis. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civ. cap. 13. in fine pag. 447. Joan. Gars. de expens. & meliorat. cap. 14. Gutierrez. Canon. quest. lib. 2. c. 8. n. 21. Cavallos, in tract. commun. opin. contra commun. quest. 99. aliq. citati à Valasco in d. tract. de jure emphyteut. quest. 98 27. num. 19.* Sed negativa sententia veritati magis accedit. Tum quia non tempus, sed conventio emphyteusim facit; adeoque non temporis adjectione, sed propria conventionis forma contractus ab invicem distinguuntur, *arg. l. si procuratorem. 8. ff. mandati. & l. obligationum*
 99 *ferè. 44 ff. de obligat. & actionib.* Tum quia locationis ea est natura, ut dominium non mutet, *per textus generaliter loquentes in l. non solet. 39. ff. locati conducti. l. convenit. 65. & l. cum manu. 80. §. fin. ff. de contrah. empt.* cum nec possessionem transferat, *l. non solum. 33. §. 1. vers. cum hac igitur. ff. de usurpat. & usucap. l. cum in plures 60. §. 1. ff. locati & monitum ad §. 2. n. 8. supr. hoc tit.* Quare secundum hanc contractus naturam, contractus intelligi debet: nisi aliud expressè conventum fuerit *l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empti. l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. & c.*

100 Cui non adversatur *l. qui rem propriam. 20. C. de locato.* ex qua dicendum videtur, quod si non rem propriam, sed alienam quis conducatur, dominium transferatur, *arg. l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Nam argumentum ex ista lege à contrario sensu deductum, infirmum est: propterea quod textus expressi eidem repugnant. *d. l. non solet. 39. ff. locati. cum similibus.* Deinde in lege illa 20. dominium rei conductæ haud idèd minùs transfertur, quia conductio rei propriæ non valuerit, quod aliàs, si valuisset conductio, translaturum esset: sed idcirco, quia hoc ipso, quod rem propriam quis sibi conductam volens, non habuerit animum dominium dimittendi, illudque in locatorem transferendi: cum ignorarit, rem propriam esse, & alienam putaverit. *l. in omnibus rebus. 55. ff. de obligat. & actionib.*

101 Nec item adversatur. *l. 1. §. quod ait. 3. ff. de superficieb.* ubi Ulpianus in superficiario conductore distinguit inter conductionem brevis, & conductionem longi temporis, alteri negans, alteri concedens in rem actionem: quæ ipsa concessio notissimos rationis terminos, quæ non nisi personalem actionem producit, egreditur. Licet enim hæc actio, quam Ulpianus simpliciter in rem actionem nominat, non possit esse directæ, sed utilis, *ut constat ex d. l. 1. §.*

in fine. & §. is autem. 4. ff. d. tit. l. tutor. 16. in fine. ff. de pignorat. act. inde tamen minimè sequitur, quod ex utili actione, utile (quod appellant Pragmatici) dominium protinus inducatur. Siquidem utiles in rem actiones dicuntur¹⁰² non ratione ullius utilis dominii, sed ad differentiam actionum directarum: quia cum directæ non competant: nisi ratione dominii, utiles è contrario competunt, non ex causa dominii alicujus, sed ex eo jure, quod quis in re aliena obtinet: cum justale est, ut non possit ab eo invito auferri, non magis, quam si eum possessione dominium conjunctum inveniretur. Tale autem jus habet superficiarius, & alii, si qui sunt similes: quibus, quod non sunt domini, actio directæ denegatur: sed ita tamen, ut utilis iis, propter jus, quod in re habent, domino quoque invito, concedatur. Hucque pertinent, quæ annotavimus *ad principium tit. 103*
supr. de rer. divis. n. 42. & seqq. Porro ideo ex locatione, ad longum tempus facta, potius, quam ex locatione, facta ad tempus modicum, datur in rem utilis actio: quoniam sic Prætori placuit, ad impetrandam utilem in rem actionem, temporis longitudinem & possessionis accedere debere. Superficiem namque prætorio jure constitutam, ex conductione longi temporis, utili in rem actione peti constat; idcirco, quod longæ possessionis prærogativa ex edicto constabat, ex quo utiles actiones competeant: ut proinde rectissime asseratur, non aliter ex edicto, hac in re utilem actionem dari potuisse, quam si ad non modicum tempus superficies conductæ fuerit. Præterea dum *in d. l. 1. §. 3. ff. de superficieb.* dicitur actio in rem à Prætorè, & quidem causâ cognita, dari: manifestum indicium est, longum tempus per se non producere effectum vel dominium juris realis. Aliàs enim actio non tam dari, quam potius ex locatione hujuscemodi nasci diceretur. Sed vide de hac quæstione plenissimè dissertantem Gasparum Schifordegherum *d. lib. 1. tract. 18. quest. 2. 3. & 4.* Eadem de quæstione videantur Franciscus Connan. *lib. 7. Comment. jur. civ. cap. 12. n. 2. cum seqq. Wesenbec. in Paratit. ff. locati conduct. n. 8. Pinellus in l. 1. part. 3. n. 66. C. de bonis mater. Fernand. Vasq. de success. creat. lib. 1. §. 10. n. 78. Sarmient. libr. 3. selectar. interpretat. cap. 2. n. 31. Gourrejus ad l. 2. C. de rescind. vendit. pag. 120. Riemer. decad. 11. quest. illustr. 2. Frantzkeius exercit. 11. quest. 5. pag. 355. & seqq. Bronchorst. centur. 2. navio pavon. assert. 67. edit. 2. Henonius quæstion. seu controvers. illustr. Disput. 16. controvers. 17. Heigius hic n. 4. & §. itemq. Ant. Matthæus in suis Notis, Bachovius in suis Notis, ad vol. 1. Treutler. disp. 29. th. 4. lit. C. pag. 111. & Hunnius ibidem quest. 2. pag. 1747. cum seqq. item lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 14. pag. 1152. & seqq.* Eandemque quæstionem & nos attingimus in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 1. n. 12. & seqq.

Insuper definitioni adhibeo verba illa: *pro pensione annua*. Quandoquidem hæc annua pensio (quæ aliàs vectigal dicitur. *l. 1. & 2. ff. si ager vectigal. & c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth.* quandoque canon. *l. 3. §. necessitatem. C. de jur. emphyteut. auth. qui rem. C. de sacrosanct. Eccles. l. privata. 10. C. de excusationib. muner. c. potuit. 4. ibi, solutione canonis. ext. de locato.* aliquando redditus, hoc §. nostro, ibi, pensio siue redditus. nonnunquam emphyteuma, *ut in synopsi Basilicon. lib. 20. tit. de emphyteusib. constit. 2. interdum denique τέλος, hoc est, tributum, ab Harmenop. lib. 3. Epitom. tit. 4. Borcholt. in Commentar. feud. cap. 3. Germanis, Erbzinß/ Pfacht. Nicol. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici. conclus. 43.) præcipue hujus contractus & juris emphyteutici propria est. Nam sine eâ auterit venditio, si præcium semel solvitur: aut erit permutatio, si species cum specie commutatur: aut erit donatio, si pro re nihil omnino præstatur. Et propterea annua pensione contractus emphyteuticus, & jus ab eo descendens, maximè ab aliis discernitur, *ut bene tradidit D. Obrecht. Disp. 36. thes. 133. & seqq.* & eadem pensione emphyteusis à feudo & usufructu distinguitur, *monente D. Bocero class. 2. Disp. 14. th. 4. ad lit. g. edit. 2.* Vide Aca-cium Antonium de Ripoll. *variar. juris resolution. cap. 7. num. 41. & seqq. fol. 178.**

- 106 Cæterum valde perplexum est: utrum pensio emphyteutica in solâ numeratâ pecuniâ; an etiam in realiâ, putâ vino, tritico, oleo, aut in gallinis, caponibus, ovis, &c. consistat? Posterius communiter receptum est: siquidem pensio isthæc hodie non solum in pecuniâ numeratâ, sed etiam in fructibus solvitur, *argumento hujus §. nostri ibi, pensio sive redditus, &c. l. 2. vers. sin autem ibi, neq; pecunias solverit. C. de jur. emphyteut. licet. 8. & l. si olei. 21. C. de locato. & similibus. f. ad §. 2. hoc tit. citatarum. n. 3. & seqq. Augustinus Berojus in d. c. potuit. 4. num. 84. de locato. Claudius Cantiuncula in paraphrasi Institutionum. de locato. pag. 837. & alii. Quo ipso differt emphyteusis ab emptione-venditione: in quâ precium in pecuniâ tantum numerata solvitur. §. item precium. 2. supr. de empr. & vendit. ubi id explicuimus fusius.*
- 107 Non resistit l. penult. C. de diversis prædiis urbanis & rusticis templor. &c. in qua Imp. Valentinianus canonem emphyteuticum ærario inferri jubet: quod de numerata tantum pecunia intelligi posse videtur: cum redditus vini, frumenti, aut olei, ærario non inferantur. Lex, inquam, illa non resistit. Primum enim licet in ea canon emphyteuticus in ærarium inferri dicatur: non tamen idcirco, alios redditus posse dari alibi deponendos, negatur. Deinde respondendum: textum istum accipiendum esse de emphyteusi rerum publicarum: cujus canonem in numerata pecunia, Respublica magis optabat, ob bellorum necessitatem: quoniam pecunia nervus belli censetur. Alvar. Valasc. in tractat. de jure emphyt. quest. 1. n. 7. Idem tradidi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 3. n. 8 & 9.
- 108 Similiter dubitationis non expers est: si emphyteuta domino pro tribus aut quatuor annis futuris pensionem solvere velit, an dominus eam recipere cogatur, & si nolit, an emphyteuta illam testatò deponere, sicque liberari possit? Quod non sine ratione negat Speculator in tit. de emphyteusi. num. 44. Etenim juxta legem hujus contractus pensio est annua, & singulis annis & quidem in fine cujusque anni (nisi obstat consuetudo loci, vel conventio partium, quæ servari debet) integra solvenda, teste Jafone n. 180. post Salicet. num. 24. & Guarnerum de Castell. in l. 2. Cod. de jure emphyt. Itaque non licet emphyteutæ, reluctantæ domino, contra legem contractus solutionem pro futuris quoque annis facere. arg. l. si soluturus. 39. ff. de solutionib. l. qui Roma. 122. in princ. ff. de verb. obligat. l. 1. C. de condit. ex lege. cap. unic. ext. de plus petitionib. præsertim cum domini intersit, singulis annis pensionem accipere: quia pecunia universa semel accepta facile manibus dilabitur. D. Obrecht. d. Disp. 36. thes. 142. Idque multò magis obtinet, si pensio non in pecunia numerata debeatur, sed in fructibus, qui cursu temporis possint deteriorari, ut scribit Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis. quest. 12. num. 2. in fin. Eadem de re, post Alciatum in l. stipulatio ista. 38. §. inter incertam. 16. num. 17. ff. de verb. obligat. & Padillam in l. post mortem. 12. num. 19. C. de fideicommiss. videndus est Petrus Augustin. Morla, in Emporio juris utriusque. part. 1. tit. 8. de reb. credit. quest. 21. num. 6. Porro emphyteutam canonem pensionem suis sumptibus ad ædes domini, si ejusdem aut fori, portare teneri, tradunt Bartolus in l. item illi. 18. num. 9. ff. de constit. pecun. Jafon in d. l. 2. num. 92. C. de jur. emphyteut. Panormitan. in c. significante. 7. ext. de pignorib. Wesenbec. in Paratit. ff. si ager vectigal. in fine. Tametsi secus sit de jure Saxonico, & Andrecht. lib. 1. artic. 54. ubi Zobel. & Scheplitz. in not. ad promptuar. jur. civ. & feud. Balthas. Klammeri. tit. 10. de emphyteusi. §. 4. n. 19. hosq; citans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 185.
- 109 Pono in definitione & hæc verba: in recognitionem dominii præstandâ. Emphyteuta quippe canonem seu pensionem principaliter in dominii recognitionem, & non propter rei usum præstat: quia regulariter (secundum quorundam opinionem) emphyteusis pro modica pensione conceditur; atque ita magis dominii, quam fructuum, ratio habetur, arg. d. l. 2. & 3. C. de jur. emphyteut. Bartol. in l. 1. n. 4. & Jafon ibidem n. 87. C. eod.

Alexand. consil. 112. vol. 1. quos refert Andreas Gail. l. 2. observ. 23. num. 25. Hucque revocanda sunt, quæ notavimus infr. n. 245. & seqq.

Rursus subdo verbum, colendo. Is enim est finis¹¹⁴ emphyteuseos; ut agri inculti & steriles, per culturam meliorentur: quod & nomen ipsum indicat. Εμψυτεύω¹¹⁵ siquidem Latinis implantatio seu infitio; & per Metaphoram melioratio, quod sub meliorationis lege constitui soleat, dicta est. Wesenbec. in Paratit. ff. si ager vectigalis, &c. num. 2. & expositum est suprâ in principio hujus §. num. 1. Ideoque si prædium emphyteuticum non melius & cultius, sed deterius redditur; de eo emphyteuta ejici potest: cum contra legem contractus agat. Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccles. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 26. Sicuti quoque constat, conductorem, qui malè in re conductâ versatur, expelli posse. l. ade. 3. Cod. de locato. & jam supr. ad princip. hujus tituli, num. 64. explicatum.

Attexo deinceps, fruendo. Quæ vox significat, emphyteutam non dominum esse, sed potius fructuario similem. Et licet emphyteuta re sibi in emphyteusin concessâ uti frui possit. hoc §. nostro. ibi, quibusdam fruenda, &c. & l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal. &c. non tamen hoc facit ratione juris ususfructus: sed ratione juris emphyteutici. Non quidem ratione juris ususfructus; quia ususfructus est personalis: at jus emphyteuticum plerumque est perpetuum, jurib. modo allegatis. Sed ratione juris emphyteutici; quia hoc jure emphyteutico in re constituto, in emphyteutam rei ususfructus transfertur: adeo, ut ipse & ejus successores re emphyteuticâ tamdiu uti frui possint, quamdiu ex lege contractus annuam pensionem solvunt. d. l. 1. & 2. ff. si ager vectigal. D. Obrecht. Disput. 36. thes. 153. & seqq.

Annecto postremo, cum aliquo paciscitur. Quia ad¹¹⁸ constitutionem hujus contractus non rei traditionem, aut scripturam necessariò desiderari; sed solam inter dominum & emphyteutam futurum; dere in emphyteusin dandâ pactionem & conventionem sufficere, suprâ demonstratum est. num. 55. & seqq. & idem luculenter docuit D. Collega Halbritter. in tract. suo de jure emphyteut. cap. 1. Et tantum de definitione emphyteuseos. Sequitur, ut de ejusdem divisione, & nonnullis aliis, ad perfectiorem cognitionem hujus utilissimæ materiæ pertinentibus, videamus;

Dividitur emphyteusis in civilem sive secularem¹¹⁹ & ecclesiasticam. Civilis est, quando Princeps, Civitas, Municipium, vel privatus aliquis rem suam in emphyteusin concedit. Giphanius & Schneidevvinius num. 8. in hoc nostro §. Cujacius in l. 1. C. de locat. præd. civil. Borcholt. part. 1. Disput. de jure emphyteut. thes. 3. pag. 117. Althusius lib. 6. c. juris Romani. cap. 31. Vultejus lib. 1. jurisprud. Roman. cap. 36. circa finem. Wesenbec. in paratit. ff. si ager vectigalis, &c. n. 2. Treutler. Disput. 29. thes. 9. lit. i. vol. 1. Ecclesiastica, quando res Ecclesiarum, aliorum¹²¹ que Collegiorum, aut domuum venerabilium, ab Oeconomo vel Prælato, causâ cognitâ, debitisque solennitatibus adhibitis, etiam laico in emphyteusin dantur. Novell. 7. & 120. c. dudum. 1. vers. quia etiam tractatus solennis, &c. cap. hoc consultissimo 2. circa princip. ibi, laicis submittere, absque capituli sui consensu, & Apostolica sedis licentiâ speciali. ext. de reb. Eccles. non alien. in 6. cap. sine exceptione. §. 1. ibi, cum totius Cleri tractatu atque consensu. 12. quest. 2. Covarr. fusius lib. 2. var. resol. cap. 17. num. 2. Eteâ de re etiam nos explicatiùs acturi sumus infr. num. 164. & seqq. Utraque illa emphyteusis in novâ¹²² & antiquam subdividi solet: ut nova dicatur, quæ originem habet in personâ illius, qui vult de eadem disponere: antiqua verò, quæ ab alio ascendentium acquisita; in eum est voluta, qui hoc de jure facturus est dispositionem. Nicol. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus. 9. Jul. Clar. lib. 4. receptar. sentent. §. emphyteusis. quest. 16. n. 1. ubi & tertiam divisionem tradit, quæ emphyteusis distinguitur in hereditariam, non hereditariam, & mixtâ. Confer Ludovicum Molin. de contract. disp. 472.

- 123 Emphyteusim autem constituere potest non solum Civitas. l. 1. in princip. & §. 1. ibi, à municipibus. ff. si ager vectigalis, &c. (Et quidem civitates & municipia primò fundos publicos in emphyteusim dedisse, verisimile est, d. l. 1. ff. eod. l. si domus. 71. §. ult. ff. de legat. 1. & l. si finita. 15. §. si de vectigalib. ff. de damn. infect. quòd res communes ut plurimum geruntur negligentius. Itaque fundos publicos in emphyteusim dederunt certis personis: ut & agricultione, & calamitatum periculo, quæ multæ solent accidere, liberarentur. At postea hoc passim etiam privati, vel, ut mox indicabitur, in suis fundis quisque usurparunt; ut arandi, serendi, colligendi, servandique sollicitudinem deponerent, Connan. in Commentar. juris civil. lib. 7. cap. 12. num. 1.) & Collegium Ecclesiasticum. d. Novell. 7. & d. Novell. 120. cap. 5. & 8. verum etiam quilibet dominus privatus, hoc §. nostro. ibi, pro his domino præstetur, & vers. sed talis. ibi, ad dominum l. 1. ibi, sed rei domino. l. 2. ibi, si dominus voluerit. item ibi, ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur. l. 3. ibi, cum domini voluntate, item ibi, sine consensu domini. & C. de jure emphyteut. l. lex vectigali. 31. ibi, ad dominum redeat. & ibi, domini esse itemq; ibi, jure suo dominus usus esset. ff. de pignorib. & hypothec. Quibus in locis omnibus cum simpliciter & indistinctè domini mentio fiat; quisque autem privatus prædiorum suorum dominus sit: rectè in iis jus
- 124 emphyteuticum hodie constituere poterit. Si enim rem suam jure domini pro libitu potest alienare. l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. ibi, dum res sua se abuti putant. ff. de petit. heredit. l. in re mandata. 21. C. mandati. l. nemo externus. 9. C. de Judais. multò magis in eà jus emphyteuticum alteri
- 125 poterit concedere: quia cui, quod majus est, licet: meritò & quod minus est, licere debet. l. non debet. 21. ff. de reg. jur. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 13. pag. 444. Cujac. in lib. 21. Pauli ad edict. pag. 334. in explicat. l. 24. ff. de rei vindic. Et propterea si cui rei suæ alienatio, vel libera administratio est interdicta: etiam in emphyteusim illam non rectè dabit; quia prohibita alienatione, emphyteusis quoque prohibita intelligitur. l. ult. C. de reb. alien. non alienand. D. Obrecht. Disp. 36. th. 30. & D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 7. ad lit. d. edit. 2.
- 126 Hinc, cum pupillus & minor 25. annis facultate alienandi & administrandi res suas careant, §. nunc admonendi. 2. §. quib. alienare licet, vel non l. jusjurandum. 17. §. 1. ff. de jurejurand. l. si curatorem. 3. C. de in integr. restitut. minor. evidens evadit, eos absque tutoris vel curatoris sui auctoritate & Magistratûs decreto, prædia sua in emphyteusim alicui dare haud posse l. sed si pecunia. 2. §. nec ususfructus. 5. ff. de reb. eor. qui sub tutela. & c. ubi Ulpianus docet, pupillum vel minorem 25. annis usumfructum in fundo proprio alii constituere non posse. Quod luculento argumento est, nec emphyteusim in fundo suo illum posse constituere: quoniam plus juris in emphyteutam, quam
- 127 usufructuarium, transferri palàm est. Eadem ratione cum in d. §. nec ususfructus. vers. simili modo. responsum sit, fundo pupilli seu minoris non posse imponi servitutem: necessariam consequentiã efficitur, multò minus istum fundum posse dari in emphyteusim. Plus siquidem est, fundum emphyteuticum facere, & majus ex eà re præjudicium & incommodum exoriri potest, quam in fundo servitutem constituere. Quò facit quoque l. non solum. 4. l. etiam vectigale. 13. & tot tit. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. Atque ita sentit, post Menochium, consil. 29. n. 17. lib. 1. & Gomezium. tom. 2. var. resolut. cap. 14. n. 14. vers. septimò extende. & c. aliosq; plures, quos citat. Octavius Simoncellus in tract. de decret. lib. 2. tit. 6. inspect. 3. n. 31. & seq.
- 128 Sed dubia & gravis quæstio est: An pubes, viginti quinque annis minor, curatorem habens, sine hujus consensu stipulanti emphyteusim, promittendo efficaciter obligetur? Et non obligari, est probabilius, arg. l. 1. C. de auctoritate præstanda & l. neq; tutoris. 7. C. de contrah. & committ. stipulat. ubi rescribitur, curatoris absentiam stipulationi, pro adulto habitæ, minimè nocere. Unde à contrario sensu colligitur; si qua, absente curatore, contra adultum stipulatio cum ipso ineatur, hoc est, si minor

stipulando promittat, eam stipulationem neutiquam valere. Eandem sententiam non parùm confirmat d. l. non solum. 4. C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand. ubi expressè cautum extat; adolescentes neque venditione, neque transactione, neque permutatione, neque donatione, vel alio quoquo modo prædia sine decreto transferre à dominio suo possè. Quà in lege diligenter ponderanda sunt hæc verba, alio quoquo modo: quibus haud dubiè omnis alienandi ratio, atque adeò stipulatio ipsa prohibita censetur. Eodem pertinet d. l. si curato- rem. 3. C. de in integr. restitut. minor. ubi Imperator Diocletianus & Maximianus rescripserunt: venditionis contractum à minore 25. annis absque curatoris sui auctoritate siue consensu celebratum, non servari aut valere debere; hæc additâ ratione: quòd minor, curatorem habens, non absimilis sit ei, cui à prætore bonis interdictum est. Ex quâ ratione facilè evincitur: puberem, habentem curatorem, ad instar prodigi, ne quidem ex stipulatu sine curatoris sui consensu obligari. Quòd enim prodigus (cui minor, curatorem habens, similis judicatur) ex stipulatu non obligetur, expressum est in l. is, cui bonis. 6. ff. de verb. obligationib. Præterea si statueremus, minorem 25. annis citra curatoris sui consensum ex stipulatu obligari: leges ferè innumeræ, quibus sancitum est, puberem sine curatoris consensu bona sua vendere, permutare, vel alio quovis modo alienare non possè, elusoria redderentur: quippe cum stipulatio omnibus omnino contractibus adhiberi possit & soleat. l. stipulationum. 5. in princ. vers. conventionales. ff. eod. tit. Ast omnis interpretatio, per quam leges redduntur elusoria, fugienda est. l. si prætor. 75. ff. de judiciis. l. ult. ff. ne quid in loco publ. vel itinere fiat. c. commissa. 35. §. porro. de electione. in 6. Quapropter minorem, absque curatore suo emphyteusim per stipulationem promittentem, non obligari, firmiter est concludendum.

Neque hanc conclusionem infringit vulgat. l. puberes. 101. ff. de verb. obligat. ubi Modestinus diserte ait, puberes sine curatoribus suis possè ex stipulatu obligari. Nam JC. illic non absolutè dicit, puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari, sed ex stipulatu possè obligari. Quibus verbis significat, non indistinctè & regulariter eos obligari, verum in nonnullis tantum casibus id fieri, nimirum in illis, qui ad eorum substantiæ immutationem minime vergant: putà si illa eorum pactio, aut stipulatio, quâ obstringantur, ad rei aut juris ipsorum conservationem imprimis spectet, & stipulando, vel transigendo, aliterve paciscendo, ita quid promittant, & ad id dandum se obstringant, ut tantundem, vel plus consequantur, majusque ex eo commodum, quam incommodum ad eos perventurum sit, atque adeò locupletiores fiant, arg. l. contra juris. 28. ff. de pactis. & l. civitas. 27. ff. de reb. credit. Et ita dictam l. puberes. 101. ff. de verb. obligat. interpretatur Johannes Roberus lib. 1. animadversion. juris civil. c. 21. quem referunt ac sequuntur D Halbritterus in tract. de jure emphyt. cap. 2. Niellius disp. feud. 2. th. 4. sub lit. d. & novissimè Forsterus junior in tract. methodico, de pact. c. 5. pag. 108. Tamen si alii aliter, & quidem variè istam legem exaudiant atque explacent, Cujacius, Duarenus, Donellus, & reliqui Interpretes in suis Comment. ad eandem legem. Vultejus lib. 1. discept. cap. 16. Fachinaus lib. 3. controvers. jur. c. 9. Gædd. ad l. Princeps. 21. n. 5. & seqq. ff. de verb. significat. & in tract. de contrah. stipulat. c. 7. conclus. 14. n. 263. & seqq. Val. Francus in tract. de fidejussorib. cap. 2. Branchorst. cent. 1. in articulo 10. assert. 25. edit. 1. Joh. Mercer. lib. 1. opin. c. 6. & Roberus disp. 5. ad Inst. thes. 4. Hucque referantur, quæ copiosius exposita sunt ad §. item inviti. 2. n. 26. cum seqq. supr. de curatorib.

Non minùs anceps ac difficilis est illa quæstio: Numquid pupillus & minor 25. annis sine auctoritate tutoris, vel consensu curatoris, & judicis decreto, prædium aliquod in emphyteusim accipere queant? Quod licet quidam affirmandum censeant. Alvar. Valascus in tractat. de jure emphyteut. quæst. 36. num. 5. Francisc. de Caldas in d. l. si curatorem. 3. C. de in integr. restitut. minor. in verb. contractum fecisti. num. 3. Eggebrecht. in synopsi

synopsi juris emphyteut. conclus. 16. negantem tamen ego opinionem amplecti nihil dubitaverim, *arg. l. 1. §. fin. & l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tutelâ, vel curâ sunt, sine decreto non alienand.* ubi minori non permittitur, sine debitâ solennitate prædia emere cum pacto, quod sint pignora usque ad pretii solutionem; quamvis cum dominio pignus quælitum fuerit, & ab initio obligatio inhæserit, ut Paulus *in d. l. 2.* loquitur. Ex quo colligere promptum est: minorem etiam illi prædio, quod de novo acquirit, onus aliquod sine juris solennitatibus, hoc est, curatoris consensu & iudicis decreto imponere, & consequenter prædium, eâ lege, ut id emphyteuticariis oneribus obnoxium faciat, accipere non posse. Confert etiam huc, quod contractus emphyteuticus locationi & conductioni, itemque emptioni & venditioni (quam sine consensu curatoris minorem contrahere non posse notum est, *d. l. 3. Cod. de in integr. restit. minor.*) proximè accedit, ut ex hoc nostro §. indubitatè apparet.

- 135 Neque valde me moverit, quod obijci solet, contractum emphyteuticum respectu accipientis esse causam lucrativam: proindeque eum, nullâ etiam adhibitâ juris solennitate, a minore celebrari posse, *arg. d. l. contra juris. 28. ff. de pactis. & princip. §. de auctoritate tutor. vers. unde in his causis, &c.* Verius namque esse puto, emphyteusin intuitu accipientis non merum continere lucrum: cum emphyteuta quotannis canonem ex re emphyteuticâ præstare teneatur: quæ sanè præstatio non lucrosa, sed onerosa illi esse consuevit. Quinimò usuvenire etiam potest, ut emphyteusis propter canonis solvendi magnitudinem plus damni & oneris, quam commodi & lucri emphyteutæ adferat. Cum itaque pupillus sive minor 25. annis emphyteusin accipiendo, & ad annum canonem sese adstringendo sive obligando lædi possit: in propatulo est, hunc contractum perinde, ac venditionem, locationem, similesque contractus, tutoris curatorisve auctoritatem, & iudicis decretum desiderare. Siquidem obligatio isthæc ad annuam tendit præstationem: quæ tam respectu recipientis, quam solventis, inter immobilia computatur, *per Clement. exivi. vers. cum annui redditus. de verb. signif. Parisius consil. 85. n. 10. lib. 3. Simoncell. in tract. de decret. d. lib. 2. tit. 6. num. 31.* Etsi verò contractus emphyteuticus, quo minor absque tutoris vel curatoris auctoritate & consensu fundum in emphyteusin accepit, in præjudicium ejus non subsistit, attamen hoc casu contractus emphyteuticus non planè nullus est, sed tantum claudicat. Ideoque permittitur minori post legitimam ætatem, vel curatore interveniente, ante legitimam ætatem hunc contractum approbare, etiam invito domino directo: qui perinde ex isto contractu obligatur, atque si ab initio legitimè celebratus fuisset, *arg. l. julianus. 13. §. si quis a pupillo. 29. ff. de act. empt. & vendit. l. si pupillus. 9. in princ. ff. de novat. & delegat. D. Halbritter. in tract. de jure emphyt. cap. 2. in fine.*

- 138 Res porro, in quâ constituitur emphyteusis, vel quæ in emphyteusin potest dari, est prædium, ager, sive fundus, hoc §. nostro. ibi, de prædiis. & ibi, id prædium, &c. *l. 1. & rubr. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. 2. ibi, a prædiis emphyteuticariis. C. de jure emphyteut. & ostensum supra num. 8.* Et quanquam primitus fundus tantum incultus, sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin fuerit datus, *arg. d. l. 2. verb. nomine meliorationis. & l. 3. verb. suas meliorationes. C. cod. tit. ibiq. Cujac. in paratit. postea tamen ager, etiam cultus & fertilis in eandem dari cœpit, arg. hujus §. ibi, de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum. ff. si ager vectigalis. & l. 1. C. de jure emphyteut.* quæ lex generaliter concepta est de re in emphyteusin concessa; nec inter rem sterilem & fertilem distinguit. Consuetudo item declarat, agros quoque fertiles & excultos, sub annuâ aliquâ pensione, in emphyteusin concedi. *D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 12. lit. b. edit. 2. Elbert. Leoninus ad rubr. C. de jure emphyt. num. 5. Rutger. Ruland. in tract. de commissar. & commiss. Cam. Imper. part. 3. lib. 5. cap. 9. num. 23.* Et meritò quidem: quoniam tam cultæ & fertilis rei, quam

incultæ & sterilis dominium (quod vocant) utile transferri in alium eâ lege potest, ut is eam colat, & eâdem fruatur, atque in recognitionem domini directi, certam annuam pensionem domino solvat. *Vide Dn. Collegam Besoldum in thesauro practico. lit. H. n. 43. pag. 415.*

Sed utrum non tantum prædia rustica, veluti agri; sed etiam urbana, puta ædes, in emphyteusin deduci possint, dubitari solet? Donellus (cujus sententiam esse probabilem, dicit Bachovius *in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. th. 9. lit. E. pag. 1126.* quamque ibidem sequitur etiam Hunnius *quæst. 34. pag. 1787. item D. Bocer. hic n. 15. & seqq. pag. 425.*) id apertè negat, *lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. pag. 444. n. 30.* dum ita scribit: *In emphyteusin dari non possunt res mobiles, ed. nec ex immobilibus ædes, &c.* Verum contrarium jam probavimus supra circa principium hujus §. n. 2. & auctoritatibus & juribus, nempe *Novell. 7. cap. 3. §. scire. 2. Novell. 120. cap. 1. in fin. Auth. si quas. C. de SS. Eccles. & l. si finita. 15. §. si de vectigalibus adibus. 26. ff. de dam. infect.* ubi expressa vectigalium ædium reperitur mentio: sicque innuitur, illas quoque in emphyteusin concedi posse. Accedit *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act.* ubi indefinitè prædium vectigale vocatur. At verbo prædii, etiam urbanum prædium, atque adeò ædes continentur. *l. urbana. 198. ff. de verbor. signif.* Præterea omnes emphyteuseos proprietates & requiritæ, supra in definitione ejus posita, non minùs exerceri possunt in prædio urbano, quam rustico. Etenim ut agrum culturæ causâ, sic & domum alteri fruendam eâ lege concedere possumus: ut ipse eâ fruatur, satam tectamque conservet, & augendo ædificia, amplio rem melioremque reddat, & in domini recognitionem quotannis canonem præstet. Nec cum Donello loco antè notato, rectè dicitur: ædes vectigales, *in d. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. ff. de dam. infect.* abusive pro superficiariis esse dictas: aut hoc verbo illas ædes designari, quæ sunt in prædio vectigali ædificatæ. Nam prius *per d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act.* satis refutatur: cum ibi prædium vectigale à superficiario perspicuè distinguatur. Posterius ex perpetuo hujus verbi usu refellitur: quia ut vectigalis ager, & vectigalis fundus, emphyteuticarium agrum & fundum denotat. *l. tit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petat. l. sciendum. 15. §. 1. ff. qui satisdare cogant. &c.* ita & non immeritò, vectigales ædes significare ædes emphyteuticarias, statuimus. Multò minus cum Hunnio loco præallegato dicendum erit: ædes in emphyteusin dari non posse per se, sed per consequentiam, quatenus nempe fundus, in quo sunt istæ ædes, in emphyteusin datur. Etenim cum isthæc responsio dicta *auth. si quas. C. de SS. Eccles. & juribus similib.* contrarietur (utpote quæ de istis ædibus, in emphyteusin datis, disertè loquantur) adeoque meram divinationem sapiat: eâdem facilitate rejicitur, qua astringitur. Neque adversatur, quod in locis plerisque, agri solummodo vectigalis fit mentio, *l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigalis, &c. l. lex vectigali. 31. ff. de pignoribus.* Hoc enim non ideo factum est, quod emphyteusis in agris duntaxat, & non in ædibus constitui possit; sed propter frequentiore usum: quoniam videlicet frequentius agri, quam domus & ædificia urbana in emphyteusin dari consueverint. *D. D. Halbritter. in tract. de jure emphyteut. cap. 3. in princip. & in disput. de jure emphyteut. de Anno 1602. Respond. D. D. Banfovio thes. 2. ad lit. e. D. Obrecht. Disput. 36. de jure emphyteut. thes. 49. & aliquot subsequæ.* Prædictas rationes, & contrariorum refutationes, vel non omnes legit Dominus Collega Bocerius *hic d. num. 15. cum seqq.* (nam *n. 18.* allegavit solummodo meum numerum 2. cum tamen hoc loco *sub num. 140. & seq.* hac de re uberius disseruerim, ut ex dictis patet) vel non rectè ponderavit. Alioqui procul dubio erroneam suam opinionem mutasset, utpote cujus nullum idoneum satis & solidum asserre possit fundamentum. Primum ipsius argumentum, *sub num. 27. pag. 426. positum*, hoc est: quia passim legimus agrum vectigalem, fundum vectigalem;

lem; id est, emphyteuticarium, d. l. 1. & tot. tit. ff. si ager vectigal. & c. d. l. sciendum. 15. vel penult. §. 1. ff. qui satisdare cogantur, & similibus. At debilitas huius argumenti ex iis, quæ modo diximus, evidentissima est. Et insuper non tantum agri aut fundi vectigalis; sed etiam ædium vectigalium, id est, emphyteuticarum, in iure nostro fit mentio, ut in d. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus adibus. 26. ff. de dam. infect. Nec admittenda est divinatio D. Bocerii hinc sub n. 22. post Donellum (quem tamen ad hoc non allegat) putantis; eo loco per ædes vectigales significari ædificia in vectigalibus; id est, emphyteuticariis prædiis posita. Repugnat etenim isthuc divinationi perpetuus huius vocabuli usus, sicuti paulò antè ostensum est. num. 141. Alterum D. Bocerii argumentum, ex d. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. act. petitum, planè insulsum est. Haud enim sequitur: Prædium vectigale seu emphyteuticarium apertè distinguitur à superficiario prædio. Ergo emphyteusis non consistit in ædificio. Nam per prædium superficiarium non omne ædificium intelligitur: sed tantum id, quod in solo alieno positum est. At si quis in ædibus, quas in suo solo positas habet, alicui emphyteusin constituit, easque hoc pacto fruendas concedere velit, ut quamdiu canonem præstiterit, tamdiu iis frui queat: hoc, inquam, quò minus fieri possit, nulla juris ratio prohibet aut impedit. Postremum Bocerii argumentum, sub num. 28. pag. 426. consistit in eo, quòd vox ἐμψυτεύσις Græcis significet culturam, implantationem, insitionem. Hæc verò prædiis rusticis conveniant, non ædificiis. Ast hanc Bocerii argumentationem frivolum, nulliusque momenti esse, vel ex eo patescit: quòd hinc sequeretur, agrum cultum & fertilem in emphyteusin dari non posse: quod tamen utique fieri posse, paulò antè probatum est, num. 138. Proinde animadvertendum: ideo ἐμψυτεύσις nomen huic contractui inditum esse, quòd primitus (sicuti supra attigimus, num. 138.) fundus tantum incultus sive sterilis & desertus, ut melior redderetur, in emphyteusin datus fuerit. Quemadmodum ergo vitiosa esset collectio, si quis inde concludere vellet, fundum cultum & fertilem in emphyteusin hodie dari non posse: ita quoque prorsus inconcinnum est, hinc argumentari velle, solos agros & fundos rusticos in emphyteusin dari, ædificia non item: maximè cum pacta dent legem contractibus, l. contractus. 23. in fine, ff. de regul. jur.

- 143 Non solum autem res immobiles; sed & res solo coherentes, una cum solo, cui coherent, in emphyteusin concedi possunt, arg. c. 1. §. sciendum. de feudi cognit. lib. 2. Feud. tit. 1. Alvar. Valasc. in tract. de iure emphyteut. quest. 12. num. 3. Cæterum solo coherere illæ res dicuntur, quæ rei immobili, vel solo affixæ, ita accedunt sive coherent, ut vel pars ejus sint, vel ab eâ omninò non separari, vel saltem non utiliter, & bonæ fidei intuitu, separari possint, ut notat Schraderus in tract. feud. part. 3. cap. 2. n. 55. ex sententiâ Joannis Ferrar. Montan. in tract. feud. lib. 2. cap. 3. veluti sunt fructus pendentes. l. fructus pendentes. 44. ff. de rei vindicat. l. si pendentes. 27. ff. de usufructu. omnia ædificiis affixa. l. Julianus. 13. §. ult. cum §. ill. sequentibus & l. si venditor. 38. §. fin. ff. de actionibus empti. servus glebæ adscriptus, & mancipia rustica. l. longa. 3. ff. de divers. & temp. præscript. l. quemadmodum. 7. C. de agricol. & censit. servitutes tam urbanorum, quam rusticorum prædiorum. §. adeò autem. 3. §. de servitutib. rusticor. & urb. præd. l. 1. ff. communia prædior. & c. annonæ civiles. l. fin. §. præterea. 2. C. de jure dot. Novell. 7. cap. 3. in princ. vers. aliter autem, & c. vectigalia omnia, sive sint pedagia, passagia, salinaria, sive alia quocunque nomine appellata, Bartol. in l. si is, qui 11. §. fin. ff. de pignorib. Bald. Matthæus de Afflict. & pleriq. Feudista in d. c. 1. §. sciendum. de feudi cognit. item jurisdictiones, juxta Bartol. Alexand. Jason. & Dec. in l. 1. ff. de jurisdict. nec non jus venandi, aucupandi, piscandi, & c. Hæc, & similia solo coherentia, quanquam per se in emphyteusin dari nequeunt: tamen cum ipso prædio, sive re, cui coherent, atque ita per consequentiam, ut in feudum, ita & in emphyteusin rectè
- 145 conceduntur. Multa enim accessoriè permittuntur, quæ per se sive principaliter prohibentur. l. 1. in fin. ff. de

fundo dotali. l. quedam. 62. ff. de acquir. rer. dom. & similib. Zasius in Epitome juris feud. part. 4. Molin. in consuetud. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. numero 18. & seq. Sonesbeccius in Commentariis ad usus feudor. part. 8. num. 21. & seqq. Schrader. d. part. 3. cap. 2. num. 55. & seqq.

Sed quid de arboribus dicendum? Et eas cum solo 146
cujus pars censentur, rerumque immobilium numero habentur, in emphyteusin dari posse, non ambigitur. d. l. fructus. 44. ff. de rei vindic. Ast illud dubio haud caret: an arbores absque solo, cui coherent, in emphyteusin concedi possint? Quod asserit, ex mente Baldi, Jason in l. 1. num. 103. C. de jure emphyteut. Verum sententia contraria est verior: quia arbores per se, sine solo considerata, sunt soli superficies, arg. §. sed si gregis. 38. §. de rer. divis. Aliud autem est jus emphyteuticum, aliud jus superficiearium: aliud item prædium emphyteuticum, aliud superficiearium prædium. l. 3. §. si quis ἐμψυτεύσιν. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutela, & c. d. l. tutor. 16. §. fin. ff. de pignorat. act. D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 13. ad lit. b. Eggebrecht. d. synopsis jur. emphyteutici. cap. conclus. 26. Porro 148
arboribus in emphyteusin datis, solum quoque, cui coherent, datum intelligitur: quemadmodum oliveto vel vinea in emphyteusin concessa, ipsum etiam solum concessum putatur, arg. l. certo generi. 13. in princ. ff. de servitutib. præd. rusticor. Ideoque in quamcunque formam fundus sive superficies mutetur: concessionem istam non expirare, certum est. Schrader. d. tract. feud. part. 6. cap. 6. num. 116. Valasc. d. tract. de jure emphyteut. q. 12. n. 2. Sed illud non usque adeò est expeditum: num fundo 149
simpliciter pro dimidiâ parte in emphyteusin dato, arbores etiam partis dimidiæ contineantur? Jason, post Speculatorem à se allegatum, id negare videtur in d. l. 1. n. 104. C. de jure emphyteut. Ego verò id non sine ratione affirmo: quoniam arbores sunt pars soli, ut supra dictum. num. 146. proindeque solo pro dimidiâ parte concessò, ipsæ quoque arbores pro eadem parte concessæ meritò censentur. d. l. fructus. 44. ff. de rei vindicat.

Ecquid feudi in emphyteusin concessio teneat, non in 151
juriâ quispiam titubaret? Et (minimè obstante contrariâ Joannis Fabri hinc num. 3. opinione) inutilem istam esse concessionem, nisi dominus consentiat, Doctores plerique intrepidè statuunt, Fridericus Schenck in §. rursus, n. 3. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. Feud. Gloss. Jacobus de Belvis. Baldus. Alvarot. Joan. Raynald. & alii in c. imperialem. in princip. de prohib. feudi alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. Feud. quos refert & sequitur Curtius junior in tract. feud. part. 4. num. 91. Ejusque ratio non obscura est: 152
quia concessio in emphyteusin est alienatio. Novell. 7. cap. 1. §. alienationis autem, & c. l. fin. C. de reb. alienis non alienand. Sed omnis alienatio feudi prohibita est. tit. 52. in 153
princ. vers. hortatu itaq. & consilio. & d. tit. 55. in princ. vers. habito ergo consilio. lib. 2. feud. Idque non tantum in 154
proprio feudo, sed & improprio procedere verisimile est: propterea quòd feudum improprium in omnibus & per omnia sequitur naturam feudi proprii, præterquam in iis, in quibus feudi proprii naturæ vel regulis per investituram expressim est derogatum. c. 1. de feudo non habente propriam feudi naturam. t. 48. lib. 2. F. D. Bocer. d. class. 2. disp. 15. th. 14. Nec obstat, quòd sicut subinfeudatio sine 155
consensu domini licita est: ita & permixta sit datio in emphyteusin. c. un. §. si verò. qualiter olim poterat feud. alienari tit. 9. lib. 2. & c. 1. §. similiter. 2. de lege Corradi. tit. 34. lib. 2. Feud. Nam magna subest diversitatis ratio. Siquidem vasallus non potest, nisi æquali, & bonâ fide, atque eodem planè modo, quo ipse feudum possidet, subinfeudationem facere. d. cap. 1. §. similiter de lege Corradi. Atqui feudum tali modo in emphyteusin dari nequit. Aliàs enim non emphyteusis, sed feudum concessum censeretur, Clar. lib. 4. sent. §. feudum. q. 32. num. 4. Sonesbecc. in Commentar. ad usus feud. part. 12. num. 94. Curt. jun. d. part. 4. num. 91. in fine. ubi ex traditione Fabri in hoc §. & Raynaldi in d. c. imperialem. de prohib. feud. alienat. per Frid. subdit, quicquid sit de stricto jure; de

de generali tamen consuetudine vasallum res feudales incultas sine licentia domini in emphyteusin tradere non prohiberi. Quinimò vasallus etiam res cultas feudales proximo agnato, qui alioqui successurus esset, in emphyteusin dare absque consensu domini potest. §. si vero. de alienatione feudi. tit. 13. lib. 1. F. Schenck. in d. §. rursus. num. 5. quib. mod. feud. amitt. tit. 5. lib. 1. F. Fit enim eo casu magis refutatio, quam alienatio. cap. 1. post princip. ibi, non est libellus, sed quasi refutatio. de alienat. pateri feud. tit. 39. lib. 2. F. Et hoc in feudo antiquo locum habet, non in novo: quia agnati & collaterales in novo non succedunt. cap. 1. de success. fratrum. tit. 11. & c. 1. de fratrib. de novo benefic. investitis. tit. 12. lib. 2. F. Descendentibus verò feudum indistinctè, sive novum, sive antiquum fuerit, (quia utrobique succedunt) in emphyteusin dari poterit. d. c. 1. de alienat. pateri feud. Sonsbecc. d. part. 12. num. 94. De ista questione vide quoque Dn. Bocerum in tract. de jure & commodo senioris. lib. 2. c. 6. num. 129. & seqq. pag. 348. cum seq.

157 At quid dicendum, si vasallus rem feudalem in emphyteusin eâ lege concedat, ut dominium utile in recipientem non transeat: num hoc casu concessio emphyteutica valebit? Et verius videtur, ne isto quidem modo feudum in emphyteusin dari possit: quandoquidem emphyteutis ex venditionis naturâ id habet, & in eo prorsus similis est venditioni, quod per eam dominium utile transferatur in accipientem: sicuti in venditione fieri solet domini translatio, argumentum hujus §. nostri. Venditio autem, quâ difertè id agitur, ne dominium rei ad emptorem transeat, non subsistit. l. cum manu. 8. §. ult. ff. de contrah. empt. Ergo & contractus emphyteuticus, cui addita est pactio de utili dominio non transferendo, nullius momenti erit.

159 Quid? quod commoditas fructuum, quæ ad longum tempus transfertur, pro vera alienatione in materia prohibitiva, ad evitandam fraudem, habetur, per notata Baldi in Auth. hoc jus porrectum. col. 1. vers. sexto. C. de SS. Eccles. Fabiani de monte sancti Savini in tract. de empt. & vendit. in 4. quest. principali. quest. ult. vers. circa tertium. Molinæ in consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 41. quest. 8. num. 36. prope finem. & Didaci Covarruv. lib. 2. variar. resolut. cap. 16. num. 1. Eadem à nobis tradita sunt in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 5.

160 De bonis majoratûs, hoc est, perpetuò ad familiam pertinentibus (vulgò Stammgüter) controversitur, utrum in emphyteusin à possessore concedi possint? Sed verissima est sententia existimantium: eum, qui ejusmodi bona majoratûs possidet, non nisi quoad vixerit, illa in emphyteusin extraneo dare posse. Cum etenim jus in illis bonis, morte possessoris dantis tollatur: meritò quoque accipientis jus simul extinguatur, per vulgatam regulam, quâ traditur. Quod resolutò jure datoris, resolvatur etiam jus acceptoris, l. lex vectigali. 31. ubi gloss. in verb. evanuisse. ff. de pignorib. & hypoth. & l. si quis domum. 9. §. 1. ff. locati. ubi Paulus Castrens. num. 3. & ill. similibus, allegatis in princip. s. hoc tit. n. 34. Nec enim is, qui possidet bona majoratûs, contra præceptum ac voluntatem primi disponentis, aliis de familia successoribus præjudicare potest, arg. l. cum, qui. 3. ubi Bart. ff. de interd. & relegat. l. unum ex familia. 67. §. 1. ff. de legat. 2. Decius cons. 445. num. 23. Gozadin. consil. 75. Pinel. in l. 1. part. 3. num. 65. C. de bonis mater. pag. mihi 356. aliq. ab eo relati. Quibus accedit Ludovic. Molin. de contr. act. disp. 470. num. 1. hujusque agnatus Ludovicus de Molina lib. 1. de Hispanor. primogeniis. cap. 21.

162 ubi hanc questionem plenius excutit. An autem ejusmodi bonorum in perpetuam emphyteusin facta concessio, pro eo saltem tempore valeat, in quod fieri poterat; an verò in totum sit inutilis, sententiis variatum est? Pro-

163 babilius ego putaverim: concessionem istam valere, quoad concedens vixerit: ne utile per inutile in separabilibus vel dividuis vitietur. l. 1. §. sed si mihi. 5. ff. de verb. obligat. l. sancimus. 34. circa princip. & l. seq. §. sin autem. C. de donationib. c. utile. 37. de regul. jur. in 6. Bald. in Auth. si quas ruinas. C. de sacrosanct. Eccles. latius, post alios ab ipsis citatos, Molinæ in consuetud. Paris. d. tit. 1. §. 41. quest. 10. n. 40. & Covarruvias d. lib. 2. var. resolut. c. 16. num. 5.

Ad res Ecclesiæ quod attinet: eæ, non interveniente iusta causâ, itemque scripturâ, & totius cleri sive capituli tractatu ac consensu, aliisque legitimis solennitatibus, (quas, post alios, recenset Covarruvias d. lib. 2. var. resolut. cap. 17. Wesenbec. consil. 59. per totum. D. Bocer. class. 2. disp. 14. thes. 21. edit. 2. Lud. Molina tom. 2. de justit. & jur. tract. 2. disp. 468. n. 3. & seq.) non adhibitis, in emphyteusin, etiam bene de Ecclesia merito, in perpetuum tradinequeunt. Novell. 7. in princ. §. 1. vers. ult. & c. 3. §. scire autem. vers. non enim in illis, & c. Novell. 120. cap. 5. & 6. §. licentiam igitur. & §. in venerabilibus verò, & c. cap. 1. vers. quia etiam tractatus solennis, & cap. 2. de reb. Eccles. non alienand. in 6. c. sine exceptione. §. 1. caus. 12. quest. 2. c. 1. c. tu nuper. 8. de his, quæ fiunt à Prelatis, & c. Panormitan. in c. 2. n. 5. de donat. Ludolphus Schrader. in tract. feud. part. 4. cap. 2. n. 13. Atque istæ solennitates requiruntur, etiam si fundus sterilis, vel saxosus, vel pestilens in emphyteusin concedatur. l. si fundus. 13. in princ. ff. de rebus eor. qui sub tutela, & c. cap. ut super. 8. §. ult. de reb. Eccles. alienand. vel non. nisi exiguus & angustus sit locus. can. terrulas. 52. caus. 12. quest. 2. arg. l. scio. 4. ff. de in integr. restit. l. 1. §. proinde. 8. ff. de adilit. edict. & l. 1. §. fin. ff. de ventre in spec. Albertus Brunus in tract. statut. art. 9. n. 96. cum seq. huncq. referens Andreas Gail. lib. 1. observ. 151. num. 13. vel ultra hominum memoriam incultus fuerit, arg. cap. ad aures. 7. ubi Panormitan. & ceteri Canonistæ. de reb. Eccles. alienand. vel non. cap. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, facere verò deteriore non debet. de donationibus. Matth. de Afflict. ad tit. 1. in princ. n. 42. lib. 1. Feud. Schrader. d. part. 4. cap. 2. n. 15. ad finem.

Sed magni momenti questio est: An rei ecclesiasticæ in emphyteusin concessio, sine debitis solennitatibus facta, jure subsistat, si ea cum Ecclesiæ utilitate conjuncta sit? Et nec tum eam jure subsistere arbitrator: l. obligari. 9. §. hereditatem adire. 3. ff. de auctorit. & consensu tutor. & curat. & §. neq. tamen. 1. ff. de auctoritate tutor. quibus in locis dicitur, pupillum sine tutoris auctoritate hereditatem adire non posse: quamvis lucrosa sit, nec ullam habeat damnum. Huc quoque confert d. can. sine exceptione. §. 1. caus. 12. quest. 2. & d. cap. tu nuper. 8. de his, quæ fiunt à Prelatis, & c. & c. 1. tit. 4. de reb. Eccles. non alienand. in Clementin. cum similibus: in quibus præter utilitatem Ecclesiæ, legitima solennitas in alienatione rei ecclesiasticæ aperte exigitur. Vide Camillum Borellum in summa Decis. tit. 33. de emphyteusi. n. 127. huncque elegantem Nicolaum Eggebrecht. d. synopsi jur. emphyteut. conclus. 54.

Huic sententiæ non obstat l. non eo minus. 14. C. de procuratorib. ubi sententia pro minore lata valet, tametsi absque curatore judicium agitatum fuerit. Nam quando quæritur, utrum actus ab Ecclesia vel minore sine solennitatibus utiliter gestus valeat, nec ne: diligenter inquirendum & dispiciendum est; num actus sive contractus iste sit talis, ex quo Ecclesia vel minor non obligetur, sed alium sibi obliget: velut si stipuletur, aliquid sibi dari vel donari. Hujusmodi sanè contractus à minore, Ecclesiæ, solennitatibus legitimis neglectis, celebratus sustinetur: si modò minori aut Ecclesiæ utilis existat. Nec enim hoc casu aliqua specialis solennitas introducta reperitur, per princ. tit. super. de auctorit. tutor. §. pupillus. 9. supr. de inutilib. stipulationib. l. contra juris. 28. ff. de pactis. l. obligari. 9. ff. de auctoritat. tutor. & c. ex quibus liquet, quod pupillus alium sine tutoris auctoritate sibi obligare possit. Et de hac specie exaudiendus est textus in d. l. non eo minus. 14. C. de procuratorib. ubi sententia pro minore, non legitime defenso, ideo subsistit: quod per eam non minor alii, sed alius minori obligatur. Quâ ratione acceptilatio quoque, cum pupillò sine tutoris auctoritate facta, valet: quod pupillus faciens, sibi acceptum ferri, non obligatur; sed obligatione eximitur; adeoque ejus conditio melior redditur. l. 2. ibiq. Gothofred. ff. de acceptilat.

Similiter non adversatur l. cum hi, quib. 8. §. eam trans- actione. 6. ff. de transact. ubi actus sine solennitate est validus: si expediât ei, cujus gratiâ solennitas ista introducta est.

Nam & ibi nihil agebatur, quo alimentarius obligaretur: sed ipse alium meliore modo, quam ex legato obligatus esset, sibi obligavit. Nec movet, quod cum in specie d. §. *eam transactionem*. alimentarius transigendo à lite discesserit: videatur quoque ex ipsius parte aliquid remissum esse. Hæc siquidem à lite discessio in nihilo obligat alimentarium: quippe cum ea sit necessaria potius, quam voluntaria. Fit enim eam ob causam; quod heres, à quo relicta fuerant alimenta, non solum id ipsum, ad quod tenebatur, sed plus etiam (ut ex textu patescit) alimentario præstet, eaque præstatione ab obligatione sese liberet. l. si reus paratus, 73. ff. de procuratorib. l. si debitori, 21. ff. de iudic. l. ult. §. ult. ff. de reb. credit. si cert. pet. Id ipsum docui etiam in addit. ad Jul. Clar. §. *emphyteusis*. quest. 6. num. 7.

- 171 Verum enim verò si constitutio emphyteusos ob defectum consensus Capituli, aut Papæ sive sedis Apostolicæ (cujus licentiam in alienatione rei ecclesiasticæ etiam desiderari, manifestum est ex d. cap. 2. in princip. de reb. Eccles. non alienand. in 6.) irrita dicatur: rati habitione Pontificis vel Capituli valida efficitur. c. cum nos. 3. de iis, quæ sunt à Prælati, &c. c. cura pastoralis. 11. de iure patronatus. An autem Pontifex, vel Capitulum sua ratificatione emphyteuticam concessionem in tantum roborare queat, ut emphyteuta nolens volens habere emphyteu-
- 172 tin cogatur, quæri solet? Et emphyteutam non esse cogendum, ut invitatus emphyteusin possideat, verius censetur, arg. l. si absente. 48. & l. cum fructuarius. 64. ff. de usufructu. ubi respondetur, quod usufructuarius invito domino usum fructum derelinquere possit. Quo facit, quod vasallus etiam sine domini voluntate recte feudum refutare potest, per textum in cap. 1. de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii, &c. tit. 38. lib. 2. F. quia favori & lucris suis renunciare cuilibet permittitur, vulgata l. si quis in conscribendo. 29. Cod. de pact. latè Zassius in Epitom. feud. part. 10. num. 85. & seq. Cujac. ad tit. 14. lib. 2. F. Duaren. de feud. cap. 12. num. 18. & Wesenbec. de feud. cap. 9. & 10. num. 3. quos citat, probatq. D. Bocerius class. 2. disp. 14. thes. 24. edit. 2.
- 176 Planè, interpolatâ canonicâ, justâque solennitate ad veram alienationem necessariâ, res Ecclesiæ in emphyteusin eâ conditione dari possunt: ut non modò ad filios & nepotes emphyteuticarii, sed ad extraneos etiam heredes, emphyteusis ista transeat. Certi namque juris est, solennitatibus legitimis observatis, res ecclesiasticas omnino alienari posse. Clement. 1. & 2. de reb. Eccles. non alienand. Multò itaque magis isthac conditione in emphyteusin dari poterunt: cum earum proprietas hoc casu retineatur. Cui sententiæ suffragatur non parùm Novell. 120. c. 6. §. 1. ubi Justinianus in hæc verba scripsit: *Licentiam igitur damus, prædictis venerabilibus domibus, non solum ad tempus emphyteusin facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuè hæc eis emphyteutico jure volentibus dari, &c.* Cum ergo emphyteusis rerum ecclesiasticarum in perpetuum alicui tribui possit: consequens est, eam non tantum ad filios nepotesque, sed & ad extraneos heredes emphyteuticarii per conventionem extendi posse. Eidem assertioni robur addit textus in c. ad aures. 7. de rebus Eccles. alienand. vel non. ubi traditur, quod Ecclesia jure hereditario fundos suos in emphyteusin concedere alicui valeat. Dicuntur autem hereditario jure concedi, quæ ad quoscunque heredes, sicque etiam extraneos, transmittuntur.

- 177 Non obstat Novell. 7. c. 3. in princip. ubi Justinianus disertè sancivit; emphyteusin ecclesiasticam in accipientis personâ, & in duobus ejusdem personæ heredibus deinceps, filiis tantum solis masculis, aut fœminis, aut nepotibus utriusque naturæ, permitti: adeoque ad extraneos heredes non deferri. Nam aut id, quod in d. Novell. 7. cap. 3. dicitur, res ecclesiarum in emphyteusin datas, ad filios & nepotes, non etiam ad ultiores descendentes, vel extraneos, transire debere, correctum est per d. Novell. 120. c. 6. §. 1. ubi res Ecclesiæ in perpetuum dari in emphyteusin possunt: aut certè d. Novell. 7. cap. 3. eo de casu est accipienda, quando res Ecclesiæ dantur in emphyteusin, juxta peculiarem consuetudinem absque ca-

nonica & debita solennitate; quo casu non transit in heredes extraneos, nec ultra tertiam generationem: quemadmodum sentire videtur Covarruv. lib. 2. variar. resol. cap. 17. num. 5. allegans ad hoc glossam, Bartolum, & Alexand. in l. etiam filios. 18. ff. soluto matrim. Anton. de Butr. Imol. Panormitan. Felin. & Decium. in cap. presentia. 8. de probationib. & Ludovicum Gozadinum. consil. 39. num. 6. & 12. Eandem decisionem probant D. Halbritter. in tractat. de jure emphyt. c. 3. & D. Bocer. d. class. 2. disp. 14. thes. 34. Vide Treutlerum disp. 29. vol. 1. th. 10. lit. A. & ibi Bachovium in suis not. pag. 1128. & seq. item Hunnium quest. 36. pag. 1789.

Cum ex his, quæ modò exposita sunt, constet: res Ecclesiæ dari in emphyteusin eâ conditione posse, ut ad extraneos etiam heredes transeat: paucis nunc declarandum erit, quibusnam verbis id actum esse censeatur. Dubium autem non est ullum, quin emphyteusis ecclesiastica ad extraneos heredes descendat, si data sit Titio, & quibuscunque ejus heredibus. Particula enim, quibuscunque, generalis est; & ambitu suo omnes omnino complectitur. cap. solita. 6. in fin. ibi, nihil excipiens, qui dixit, quodcunque. de majoritate & obedient. cap. super questionum. 27. §. nos autem statuimus. ibi, vel judex quicunque. de offic. & potest. judic. deleg. cap. 1. ibi, personis quibuscunque. ubi gloss. tit. 1. de judiciis. lib. 2. Clementinar. Anton. Gabrielius Roman. lib. 6. commun. conclus. tit. de verborum significat. conclus. 4. Roland. à Valle, cons. 96. num. 28. vol. 1. Jul. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 28. num. 5. & 9. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 17.

Nunquid verò rei ecclesiasticæ emphyteusis (Nam de emphyteusi civili minimè dubitatur aut controvertitur) Titio, ejusque heredibus, simpliciter concessa, non tantum ad filios vel descendentes, sed & extraneos Titii heredes devolvatur, multum controversa questio est? Et licet negativam sequantur plerique omnes, quorum latam denfamque sylvam allegat Julius Clarus in d. §. emphyteusis. quest. 28. num. 6. & Joannes Aloysius Riccius in praxi rer. criminal. decis. 132. num. 1. pag. 126. affirmativam tamen ego cum eodem Claro d. num. 6. ad finem, & Covarruv. d. lib. 2. var. resol. cap. 17. num. 5. vers. quarta conclusio, &c. in puncto juris veriore esse pronuncio. Tum quia heredis nomen generale est, etiam extraneos heredes continens. per princip. & §. in extraneis. 4. supr. de heredum qualitat. & different. Tum quia generaliter is, qui paciscitur, quibuscunque suis heredibus, atque adeo etiam extraneis, pacisci intelligitur, tametsi eorum nullam mentionem faciat, l. juris gentium. 7. §. pactorum. 8. & l. tale pactum. 40. in princ. ff. de pact. l. si pactum. 9. ff. de probationib. l. sicut re. 8. §. si debitori. 16. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvit. l. veteris. 13. C. de contrab. & committend. stipulat. Tum quia si servatis debitis solennitatibus res ecclesiastica, quoad utile, & directum (quod ajunt) dominium, alienari potest, sicque alienata ad extraneos heredes transit. c. sine exceptione. 12. quest. 2. arg. c. 1. 2. & 3. de his, quæ sunt à prælat. cur non etiam emphyteusis ecclesiastica Titio, ejusque heredibus concessa, ad extraneos heredes derivaretur, si Titius nullos descendentes reliquerit? Hanc sententiam novissimè suo calculo comprobavit Christophorus Philipp. Richter in d. tractat. de contractib. disp. 10. th. 4. sub lit. A. pag. 318.

Nec adversatur, quod vulgò objicitur, emphyteusos ecclesiasticæ hanc esse genuinam naturam, ut ad tertiam solummodo generationem, non autem extraneos heredes porrigatur. d. Novell. 7. c. 3. in princip. Nam contrarium verius esse opinor: quod videlicet emphyteusis ecclesiastica, inspectâ suâ naturâ ad quoscunque heredes transeat. Quælibet enim emphyteusis regulariter sui naturâ intelligitur esse perpetua, atque ita ad quosvis heredes transitoria. l. 1. in princ. ubi Bald. & Angel. ff. si ager vectigalis, id est, emphyt. pet. Jason in l. 2. num. 160. C. de jure emphyteut. Socin. sen. consil. 50. num. 15. lib. 4. Ruin. consil. 3. num. 18. & consil. 160. num. 10. lib. 1. & consil. 151. n. 14. lib. 4. Balb. in tract. de prescriptionib. in 1. part. tertia partis principal. quest. 10. n. 35. Alciat.

- Alciat. in tractat. de presumptionib. regul. 2. presumpt. ult. hosq. referens & sequens Menochius de presumptionib. lib. 3. presumpt. 109. n. 7. & seqq.* A quâ regulâ cum emphyteusis Ecclesiastica excepta non inveniatur; meritò illi standum & adherendum est, juxta gl. in l. omnis definitio. 202. ff. de reg. jur. ibiq. Cagnol. n. 57.
- 186 Nec resistit d. Novell. 7. c. 3. emphyteusis, &c. Etenim quòd ibi emphyteusis Ecclesiastica ad heredes extraneos non defertur; non sit secundum, sed potiùs contra naturam emphyteuseos ecclesiasticæ. Est siquidem hoc introductum ex prohibitione singulari, in favorem Ecclesiæ Constantinopolitanæ majoris (ut Gothofred. ibidem annotavit) & reliquarum venerabilium domuum ad eam pertinentium, contra hujus contractûs naturam & conditionem. Quod vel ex eo manifestum efficitur. Si enim hæc contractûs emphyteutici per Prælatus & capitulum celebrati fuisset natura, ut ad extraneos heredes devolvi
- 187 non posset: prohibitione dictæ Nov. 7. c. 3. desuper factâ haud opus fuisset: quoniam naturalia cujusvis rei, etiam si de iis dispositio vel mentio nulla fiat, per se tamen inesse creduntur. arg. l. pacta conventa. 72. ff. de contrab.
- 188 empt. Adde, quòd prohibitio dicti c. 3. jure novissimo sublata est, & constitutum: quòd emphyteusis ecclesiastica in perpetuum, atque adeò omnibus, etiam extraneis heredibus concedi possit, prædictâ Novell. 120. c. 6. §. 1. licentiam igitur, &c. & jam supra monitum. n. 176.
- 189 Hisce ita cognitis & explicatis, dijudicare cuivis facile erit: an veritati consentaneum sit, quod communiter statuitur, emphyteusin ecclesiasticam simpliciter absque mentione heredum datam, præsumi usque ad tertiam generationem solum concessam. Bald. in d. l. 2. colum. 2. C. de jure emphyteut. ibidemq. Jason n. 160. vers. istam conclusionem, &c. Alexand. in l. qui in aliena. 6. in princ. n. 7. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Cravett. in tractat. de antiquit. tempor. in quarta parte princip. in initio. n. 70. Trentacinquius variar. resolut. lib. 3. resolut. 3. de jure emphyteut. n. 6. aliq. adducti à Menochio d. lib. 3. de presumptionibus, presumpt. 209. n. 15. Istæ namque communis opinio ex falso illo fluit principio: quòd emphyteusis ecclesiastica sui naturâ non sit perpetua; nec ad extraneos heredes, sed tertiam duntaxat accipientis generationem, transitoria, Verùm hoc pronuntiatum cum satis jam refutatum sit: intelligere promptum est, opinionem istam communem, utpote ruinoso fundamento subnixam, subsistere neutiquam posse: præsertim cum emphyteusin Ecclesiæ à Prælato recipiens, nullâ etiam heredum mentione factâ, præsumatur non suo tantum; sed omnium heredum, sicque extraneorum quoque nomine illam recepisse. d. l. si pactum. 9. ff. de probationib. propterea quòd heres una quodammodo, eademque persona cum defuncto, qui contraxit, reputetur, per Novell. 48. in fin. princip.
- 191 Sanè si res ecclesiastica, in emphyteusin dari solita, ad Ecclesiam fuerit reversa, quin Prælatus absque legitimis solennitatibus eam alicui in emphyteusin concedere possit, si ejus conditionem non reddat deteriore, nequaquam ambigitur. c. 2. extr. de feud. in fine princip. & tit. 26. §. in clericorum. lib. 1. F. & tit. 35. in fin. lib. 2. F. c. 2. ibi, conditionem Ecclesiæ meliorare potest, &c. extr. de donationib. & tit. 91. de invest. veter. & nov. benefic. §. à Prælati. ibi, dum tamen dissipator videri non possit. in extraord. cc. lib. 2. F. Schrader. in tractat. Feud. part. 4.
- 192 cap. 2. n. 20. Huic consequens est, quòd si emphyteusis priùs data sit singulari personæ: civitati aut collegio, vel potentiori, dari nequeat, per t. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. ibi, si secunda persona sit talis, &c. lib. 2. F. Cùm enim civitas aut collegium nunquam mori intelligatur: spes nulla est fore, ut emphyteusis aliquando ad Ecclesiam redeat, l. an ususfructus. 56. ff. de usufruct. l. si ususfructus.
- 194 ff. de usu, & usufruct. legat. & difficilius est litem intendere potentiori, quàm inferioris sortis homini plebejo. l. 1. in fin. cum l. seq. ff. de alienat. jud. mut. caus. fact. & tot. tit. Cod. ne liceat potentiorib. patrocini. litigantibus prestare, &c. Præterea si emphyteusis solita sit dari usque ad certam generationem: non poterit Prælatus hanc concessionis formam immutando, in perpetu-

um emphyteusin illam concedere. d. tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. in princ. versic. professio ille. ibi, non debet alia lege dari, &c. lib. 2. F. Curt. Jun. in tract. de feud. part. 2. quest. 6. D. Collega Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 25. lit. d. edit. 2.

Cæterum de eo valde controversantur Interpretes: 196 annè Prælatus emphyteuticam, ad Ecclesiam reversam, etiam consanguineis suis denuò in emphyteusin tradere valeat? Et quicquid dicant alii, quos refert & sequitur Nicolaus Everhard. in Topic. legal. in loco, à feudo ad emphyteus. num. 20. itemq. D. Bocer. d. disp. 14. th. 27. negantem ego sententiam veriorē esse judico, motus expresse textu in Novell. 120. cap. 5. §. æconomis. 1. & hinc sumptâ Auth. quibuscunque. C. de SS. Eccles. Verba d. Novellæ ita habent: æconomis verò & orphanotrophis, & reliquis venerabilium domorum ordinatoribus, nec non omnibus chartulariis, & parentibus eorum, & filiis, & aliis, qui per genus eis, vel nuptiarum jure conjuncti sunt, interdicimus emphyteusin & locationes sive hypothecas rerum, ipsis venerabilibus domibus competentium, aut per semetipsos, aut per interpositam personam accipere, &c. Quibus verbis aperte sancit Justinianus: non tantum æconomos, sed & reliquos venerabilium domorum ordinatores, hoc est, administratores, eorumque cognatos aut affines, in emphyteusin capere non posse res ecclesiasticas. Unde errare videtur Abbas Panormitan. 197 consil. 41. num. 3. lib. 1. qui hanc Justiniani sanctionem de æconomis solummodo, qui non habent ita pingue jus, sicut Prælati, exaudiendam opinatur, negans Prælatos, (quos tamen non dubium est ordinatores seu administratores Ecclesiarum esse, de quibus constitutio disertè loquitur) sub eadem constitutione comprehendere. Huic enim Abbatis interpretationi tam verba, quàm mens relatæ constitutionis repugnant. Eadem siquidem est ratio in Prælato, quæ est in æconomo: quòd videlicet alienatio & ab æconomo, & à Prælato in favorem consanguineorum interposita, ad fraudandam Ecclesiam facta præsumatur. can. decenter. 6. distinct. 82. Bartol. Bald. & Alberic. in d. Auth. quibuscunque. C. de SS. Eccles. Alciat. in tractat. de presumpt. regul. 1. presumpt. 29. & Menoch. de presumptionib. lib. 3. presumpt. 54. num. 4. & aliquot seqq.

Hanc sententiam non turbat c. relatum est auribus. 12. 198 §. licet autem. extr. de testamentis. ubi quæ Clericus si-ve Prælatus relinquere valet extraneis, etiam consanguineis suis concedere non prohibetur. Nam agit ut eo in loco de bonis mobilibus, jure domini ad Prælatum vel clericum spectantibus, quamvis per Ecclesiam siue intuitu Ecclesiæ acquisitis, per text. ibi, mobilia per Ecclesiam acquisita, &c. De his sanè Prælato, ut cuivis clerico, per ultimam voluntatem tam in sanguine junctos, quàm extraneos, benè de se meritos, liberalitatem exercere suam permittitur. Ast in proposita questione Prælatus non sua, 199 sed Ecclesiæ bona, alicui ex cognatis suis emphyteusin concedendo, alienat: cum is rerum ecclesiasticarum non dominus, sed duntaxat usurarius siue usufructuarius esse censeatur; ut, post alios, responderant Socinus Sen. consil. 32. col. 2. lib. 1. & Bellon. consil. 3. hosq. citans Menochius dict. lib. 3. presumpt. 54. num. 9. Quin & illud probabiliter dici poterit: facultatem disponendi de bonis mobilibus, clerico per Ecclesiam acquisitis, non ex jure communi, sed ex consuetudine quadam speciali descendere: ad quam consuetudinem respexisse Pontificem, liquet ex ipsius verbis dicti c. relatum. 12. ibi, consuetudinis tamen non est improbanda. de testament. Consuetu-

200 dinem autem stricti juris, nec de casu ad casum extendendam esse, notum est. c. 1. de feudi cognit. §. strenuus. ibi, qui consuetudine feudi non sit comprehensus. tit. 1. lib. 2. F.

Nec etiam obstat c. dilecto filio. 25. in princ. ext. de 201 præbendis. ubi Prælatus præbendam nepoti suo concessisse dicitur. Præbendarum etenim collatio non est prohibita, sed jure permixta, tot. tit. de concessione præbenda, &c. cum eam ipsam ob causam illæ sint inventæ, 202 ut clericis pro sustentatione liberaliter conferantur.

c. relatum.

c. relatum. 9. de præbendis. & c. relatum. 3. de concess. præbenda. Atqui in nostro themate tractatur de bonorum ecclesiasticorum alienatione, quam regulariter prohibitam esse constat. *c. nulli liceat. 5. & tot. tit. de rebus eccl. alienand. vel non & similib.* Deinde Prælatus alicui conferendo præbendam, nihil ex bonis ecclesiasticis alienat: quoniam præbenda, post mortem vel resignationem illius, qui eam fruitur, vacare dicitur: proindeque præbenda vacans, quæ confertur, in dominio Ecclesiæ esse non intelligitur. *c. 2. 3. 11. & passim. de concessione præbenda.* Hic autem de bonis ipsius Ecclesiæ, in emphyteusin concedendis, sicque de eorundem alienatione disceptatur.

203 Nihil quoque movet, quod secundum naturam sit, ut unusquisque proprium sanguinem extraneæ personæ præferat. *l. cum acutissimi. 30. circa finem. C. de fideicommiss. & quod prima liberalitas circa proximos operari debeat. can. non satis. 14. §. 1. distinct. 86.* Isthæc namque & similia axiomata loquuntur & exaudienda sunt de eo, qui de bonis suis propriis disponit: non verò de eo, qui bona ecclesiastica alienare, sive in emphyteusin dare præsumit, ut in proposita quæstione. Hæc igitur cum diversa censeantur: ex iis nihil infertur. *l. Papinianus. 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib.*

204 Non item ad versatur textus in *c. 1. de investitura veteris & novi benefic. vers. ult. tit. 91. lib. 2. F.* ubi habetur, quod si Prælatus conjunctæ personæ gratiâ, vel etiam alicui alteri tale dedit feudum, quod duos consimiles vasallos acquirere posset, inutile esse beneficium. Igitur consequens esse videtur: si Prælatus feudum concesserit, & ex illa concessione talis gratia vel fraus evidentet non appareret, beneficium illud valere. Hoc, inquam, non ad ver-

205 satur. Argumentum enim ex illo *c. petitum*, à contrario sensu proficiscitur: quod genus argumentandi non admittitur, quoties in sensu contrario eadem ratio interve-

206 nit, quæ in sensu directo. Identitas quippe rationis fortior est argumento à contrario sensu, ut tradidit Bald. in *l. quite testamento. 20. §. mulier. 6. ff. de testament. Alexand. in l. 1. in quarto notab. ff. de officio ejus, cui, & c. Jason in l. si extraneus. 6. in tertio notab. per illum text. ff. de condict. causa data, & c. Decius consil. 232. col. fin. circa med. Cornutus consil. 173. lib. 1. consil. 22. col. quarta. consil. 80. lib. 2. & consil. 150. col. final. lib. 4. quos omnes citat & approbat Cravetta consil. 460. num. 10. Sed ratio, ob quam in *d. c. feudali* disponitur, non valere investituram, conjunctæ personæ factam de feudo, quo potuerunt duo vasalli acquiri, hæc est: quod talis investitura intelligitur in fraudem Ecclesiæ facta esse. Quæ quidem ratio militat, etiamsi Prælatus non tale, sed aliud quodvis feudum concesserit.*

207 Nam alienatio bonorum Ecclesiæ, à Prælato in consanguineum facta, præsumitur in dubio ad fraudandam Ecclesiam interposita esse. *d. can. decenter. 6. distinct. 89. Bartol. & alii in d. Auth. quibuscumq. C. de SS. Eccles. Barbat. consil. 17. col. 2. lib. 4. Johan. Jacob. de Leonardis inter consilia Bruni. consil. 114. num. 117. Jason consil. 183. col. ult. vers. non obstat. lib. 2. & alii superius adducti. n. 197.* Nisi luculenter constet, eam fuisse factam in Ecclesiæ utilitatem, & observatas fuisse solennitates à lege requisitas. Hoc namque casu omnem præsumptionem & suspicionem fraudis cessare, atque adeò alienationem ipsam æquè valere, ac si cuivis extraneo facta fuisset, multorum auctoritatibus evincit Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 54. num. 1. & consil. 79. num. 19. & 20. lib. 1.* Quod si verò hæc resolutio alicui minus arrideat: is hanc responsionem fortassis non incommodam, ferat: dispositionem dicti *c. feudalis*, tanquam specialem, ad feuda solum pertinere: nec ad bona Ecclesiæ, de quibus contrarium cautum esse in jure communi reperitur, porrigendam esse, arg. *d. c. 1. de feudi cognit. tit. 1. lib. 2. Feud. D. D. Halbritter. Collega & Compater meus per amandum in tr. de jure emphyt. cap. 3. post medium.* Eandem sententiam novissimè defendit Nicolaus Eggebrecht. in disput. inaugurali. conclus. 52. Præsidi memorato D. Halbrittero. Eandem quoque attigi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 6. n. 18. & seqq.

208 Difficilis quoque & perplexa hæc quæstio est: Num Prælatus, sive dominus etiam privatus, emphyteusin ad

certam generationem datam, eam finitâ, proximis emphyteutæ cognatis deferre & renovare teneatur: an potius, cuicumque velit, eam concedere possit? Et quidem non desunt, qui autumant, dominum in proposita specie teneri, proximiores emphyteutæ consanguineos extraneis præferre, illisque emphyteusin restituere. Bartol. in *d. 1. §. permittitur. 41. ff. de aq. quodid. & est. Jason in l. 2. num. 22. C. de jure emphyt. Decius consil. 131. Ripa in l. 1. ff. de privileg. creditor. Mynsinger. cent. 5. obs. 16. & cent. 6. obs. 79. Fichard. in addit. ad Villalob. lit. V. num. 8. vers. vasallo mortuo. Horat. Mandos. in addit. ad Roman. consil. 22. & alii, quos commemorat Antonius Gabriellus commun. conclus. lib. 7. tit. de jure emphyteutico. conclus. 1. Sed ego contrariam in sententiam, utpote longè probabilior, sum proclivior. Moveor primò Novell. 7. §. 3. §. neq. illud. 3. ubi dicitur, pactum non valere, quo cavetur, ut Ecclesia teneatur, finitâ generatione, proximioribus ultimi emphyteutæ consanguineis renovare emphyteusin. Si enim Ecclesia id facere teneretur: nulla esset ratio, cur pactum non valeret, arg. *l. non impossibile. 50. ff. de pactis.* Deinde conducit huc, quod jure nemo compelli possit, ut certo alicui, & non alteri locet, vel vendat. *l. invitos. 11. C. de locato. l. invitum. 11. & l. dudum. 14. C. de contrah. empt.* Præterea res in emphyteusin concessa usque ad certam generationem, extinctâ eâ generatione, ad dominum revertitur. Ergo domino integrum est eam pro se retinere; vel, cui maluerit, concedere; cum suæ quisque rei moderator sit & arbiter. *l. in re mandata. 21. C. mandati. & nemini injuriam faciat, qui jure suo utitur. l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus. 55. ff. de reg. jur.**

Nihil huic conclusioni obstat *l. 1. in fine. C. de Metallis, & metallis, & c.* ubi conductor, qui jus effodiendi metallum à fisco conductum habet, tenetur fisco præ aliis omnibus metallum collectum vendere, si id distrahere velit. Quandoquidem illic speciali ratione est constitutum; quod illi, qui beneficio Principis, jure effodiendi metallum fruuntur, fisco potius, quam aliis, metallum, quod congesserunt, vendere cogantur. Ratio specialitatis hæc dari poterit: quod Reipublicæ multis de causis intersit; metalla, præsertim auri & argenti, penes fiscum constituta esse.

Nec magis resistit *l. si in emptionem. 35. ff. de minorib.* ubi Hermogenianus in hæc verba respondit: *Si in emptionem penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse, emptam ab eo rem fuisse, approbetur: veluti quod majorum ejus fuisset, & c.* Quoniam loquitur de minore in integrum restituendo, ut rem, quæ erat suorum majorum, recuperet. Quod, tanquam dissimile, huc non pertinet, arg. *l. inter stipulantem. 23. §. sacram. ibi, sed hæc dissimilia sunt. ff. de verb. obligat.*

Neque ad rem facit *l. congruit. 4. C. de locat. prædiorum civilium vel fiscal. & c.* ubi veteres conductores præferuntur novis conductoribus, si modò augmentum precii, ab altero novo conductore oblatum, ipsi præstare parati sint. Quia ibi primi conductores, non verò consanguinei eorum, extraneis sive novis conductoribus præferuntur: & sic beneficium illud speciali favore personæ veteris alicujus conductoris indultum, ad ejus consanguineos porrigi non debet. *l. in omnibus causis id observatur. 68. ff. de reg. jur.* Dein iste textus, non de omnibus, sed publicarum seu fiscalium duntaxat rerum conductoribus loquitur: à quibus ad aliarum rerum conductores argumentari non licet: quoniam illis hoc jus, ut præferantur extraneis conductoribus, singulari concessum est ratione, quæ in privatis conductoribus locum non habet. Ratio autem hujus concessionis hæc est: quia conductores rerum fiscalium, deficientibus aliis conductoribus post finitam conductionem, de novo conducere compelluntur, si lucrum aliquod ex priori conductione fecerint. *l. contem. 11. §. ult. ff. de publicanis, & vectigalib.* Quare æquissimum visum est, pro hoc, quod sustinere coguntur, onere & incommodo, ipsis alio modo succurri, quod nimirum finita conductione aliis conducere volentibus præponantur. arg. *l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.*

Nihil

- 215 Nihil quoque negotii facessit d. l. 1. §. permittitur. 41. *etiam* seqq. ff. de aqua quotid. & est. ubi respondetur, quod quando aqueductus concessus est personis, non transeat ad heredem vel emptorem: si tamen eis petentibus non concedatur, injuria sit. Nam agit J. C. ibi de servitute aquæ ducendæ, & ostendit, quod is illam indubitatè impetrare queat, ad quem fundus pervenit, si ejus domino priori servitus debeatur. Longè verò alia est ratio rei in emphyteusina datæ, quæ majoris est momenti: nec proximior agnatus docere potest, eam sibi deberi idèò, quod aliarum rerum dominium ad se transierit.
- 216 Rursus non refragatur l. 1. ff. de privileg. creditor. (in Gothofredi corpore est l. cum bona. 16. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.) & l. Imperator. 60. ff. de pactis. ubi in emptione bonorum debitoris cognati anteferuntur extraneis emptoribus. Unde dicendum videtur, quod & in emphyteusi cognati extraneis sint præponendi: siquidem emphyteusis magnam similitudinem cum emptione & venditione habeat, per hunc §. nostrum. Non, inquam, leges istæ refragantur. Loquuntur enim in speciali casu: quando scilicet bona debitoris obærat, auctore judice, possidentur & venduntur. Tunc sanè cognati & creditores in venditione bonorum extraneis præferuntur: modò eandem conditionem, quam extranei, præstent: quod cum præsentī quæstione nihil commune habet.
- 217 Denique nihil prorsus movet l. jubemus. 3. §. & filios advocatorum §. C. de advocatis diversor. judicium. ubi dicitur, quod si officium advocatorum, per eorum mortem fuerit finitum, ipsorum liberi & propinqui ad idem officium accedere cupientes, extraneis sint anteponendi. Et enim loquitur de officiis publicis, in quibus distribuendis utique præcæteris habenda est ratio filiorum, quorum parentes in eodem genere officii de Republ. optimè sunt meriti; quia filii sperantur similes futuri suis parentibus, si deprehendantur ad illud officium idonei. Sed in proposita quæstione disputatur de jure privato, quod cujusvis domini arbitrio ac potestati subjectum est, d. l. in re mandata. 21. C. mandati. Reliqua, quæ decisioni nostræ opponi solent, leviora sunt: & ex hæcenus adductis facile dilui possunt. Eam autem comprobant & defendunt, post alios, quos allegant, Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. cap. 7. num. 2. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 100. Gail. lib. 2. observat. 148. n. 2. Zaf. consil. 111. n. 8. Bronchorst. cent. 1. Miscellaneæ. assert. 41. Hackelman. disp. 11. thes. 16. lit. b. & Hunnius in resolut. ad Trentl. vol. 1. disp. 29. quæst. ult. pag. 1803. & seq.
- 218 Præcedenti non dissimilis, nec minùs ardua, usuque forensi tritissima illa est quæstio: Utrum rei ecclesiasticæ, in emphyteusin concedi solitæ concessio, non planè consueto modo interposita, in totum censeatur inutilis, an verò valeat, quatenus secundum morem consuetum fieri potuit? Et (non obstante contrariâ Bartoli in Auth. qui rem. n. 7. C. de SS. Eccles. & sequacium opinione, quam veriore existimat Didacus Covarruv. lib. 2. var. resolut. cap. 16. n. 5. vers. tandem ut liberè, & c.) frequentioribus Doctorum calculis recepta, adeoque in praxi tenenda conclusio est: quod emphyteusis à Prælato ultra legitimam solitamque metam concessa, ob largiorem hanc concessionem non omnino corruat: sed potius, quatenus facta est intra solitam formam, subsistat. Bald. in Auth. si quas ruinas. n. 2. C. de SS. Eccles. Paulus Castrens. & Philipp. Dec. in d. Auth. qui rem. C. eod. Alexand. consil. 38. vers. non obstat. & vers. seq. vol. 2. Franc. Curt. jun. in tract. feud. part. 1. quæst. 6. n. 11. Tiraquell. de tractatu convent. ad finem tituli. §. 36. gl. 2. n. 146. Clarus in §. emphyteosis. quæst. 6. n. 2. Gail. d. lib. 2. obs. 4. n. 14. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 1. §. 41. n. 43. & seqq. Bocer. class. 1. disp. 15. thes. 28. & alii ab illis relati.
- 219 Hæcque conclusio probatur ex regula illa generali: quod in omnibus dispositionibus utile non vitiatur per inutile, quoties aliqua separationis vel divisionis ratio iniri potest. c. utile. 38. ibiq. gloss. de reg. jur. in 6. l. 1. §. sed si mihi. §. ff. de verb. obligat. l. sed et si. 12. ff. de constit. pecun. l. pecunia. 9. l. placuit. 29. ff. de usur. l. 1. §. sed Pomponius. &

§§. seqq. ff. quod fals. tut. auctor. gest. esse dic. l. sed si sibi. 11. ff. de stipulat. servor. l. proprium. §. ff. communia prædior. & c. l. sancimus. 34. in princ. & l. seq. §. sin autem. C. de donat. l. donationes, quas parentes. 25. C. de donationib. int. vir. & uxor. cum similib. Eadem sententia luculentius confirmatur ex Novell. 7. c. 3. §. 3. ex quo apparet; si res Ecclesiæ, quæ ultra secundam generationem concedi non potest, ad tertiam vel ulteriorem data sit, concessionem valere usque ad generationem secundam, tanquam solitam, sicque jure factam. Tot enim censentur esse 220 concessionem, quot sunt generationes: ut sic una non vitietur per aliam. Sed & huic conclusioni patrocinator tit. 34. de lege Corradi. §. similiter. 2. vers. profecto. lib. 2. Feud. ubi dicitur; si vasallus feudum, quod possidet, 221 alia lege, quàm ipse habet, alii concesserit; puta si pro masculis tantum concessum, ipse pro masculis & fœminis dederit: quibusdam placuisse, eum amittere beneficium: alios verò dixisse, id tunc domino aperiri, cum masculi defecerint. Et horum opinio, ceu ultimo loco relata, 222 approbata esse intelligitur, per notatam gloss. in l. qui filium. 74. in fine. super verb. & alia ff. ad Senat. consult. Trebellian. Constat ergo, infeudationem istam non penitus esse inutilem, sed eo valere modo, quo potest. Quare & emphyteusis à Prælato ultra legitimam metam concessa, non tota vitiabitur; sed intra terminos consuetos, jureque permisos, consistet.

Neque obstat cap. un. in extravagantib. communibus. 223 tit. de reb. Ecclesiæ non alienand. incipiens, Ambitosæ, & c. §. si quis autem. & c. ubi in emphyteusin concessio aliter, quàm ab antiquo fieri solita est, facta, nullius omnino roboris vel momenti esse dicitur. Nam textus illius c. hunc habet sensum: ut quatenus concessio aliter, quàm ab antiquo fieri solita sit, facta fuerit, nullius omnino roboris & momenti sit: & consequenter quatenus secundum morem antiquum sit facta, eatenus valeat.

Sic non multum stringit Novell. 7. cap. 3. in fine principii. ibi, neq. quod sit, habere aliquod penitus robur finimus & c. 7. ubi statuitur; contra legis observationem, accipientem emphyteusin statim cadere ab emphyteusi; adeoque etiam ab eo jure, quod licitè ei concedi potuit. Respondetur enim, ista dicti cap. 3. verba non referri ad totam concessionem, sed solummodo ad excessum insolitum ac prohibitum: ut ejus sententia hæc sit: rem Ecclesiæ non posse dari in emphyteusin, nisi usque ad metam ibi taxatam; & quod aliter sit, id est, ultra metam taxatam, id nihil penitus habere roboris: sed propterea non tolli, quò minus id, quod intra metam licitam contractum est, vires habeat: cum illud non aliter sit factum. Eadem etiam ratione verba in d. c. 7. non eum recipiunt intellectum, quem Covarruvias loco supra adducto tradit. Manifestum namque est, in eo textu hoc dici, contrahentes cadere ab eo contractu, qui nullus sit. Ait enim: Si verò & perpetuam quispiam emphyteusin accipere præsumpserit, quod non licet: etiâ sic cadat ab emphyteusi. An non ex his verbis clarè patescit; dictionem, cadat, etiam referri ad emphyteusin planè illicitam? Et idèò corruere Didaci Covarruv. argumentationem, non dubium est. Quin & hoc dici poterit: Imp. Justinianum istis verbis (aut temporalem quidem, non tamen secundum hujus nostræ legis observantiam) loqui de observatione formæ, quæ divisionem non accipiat.

Et sic quoque non urget textus in Clement. 1. vers. si quis autem. ibi, nec ex concessione ipsius, recipienti jus aliquod acquiratur. de reb. Eccles. non alienand. Siquidem ad illum eodem modo rectè respondetur, ut nunc breviter ad d. Novell. 7. c. 3. est responsum. Nec movet, quod objicitur, in d. Clement. 1. negativam dictionem cum voculâ aliquod conjunctam, in minima etiam parte effectum habere; ut ex istorum significatione verborum concessio facta, in totum dicenda inutilis existimeretur. Nam hoc non ita perpetuò dici posse, evincitur haud obscure ex textu d. Nov. 7. cap. 3. ubi similiter negatio verbo aliquod juncta invenitur: nec tamen negationem illam, ad minimam quoque partem posse ac debere referri, censuerunt Molinæus d. tit. 1. §. 41. n. 46. Decius in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Alciat. in d. l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig. & alii.

Præterea

- 226 Præterea conclusioni nostræ minimè resistit *l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condict. indeb.* ubi si res majoris precii in solutum per errorem data fuerit, datio isthæc in totum vitatur: non autem valet in eo, quod est debitum. Hujus enim juris ratio in illa lege manifestè hæc exprimitur: quòd qui fundum ducentorum per errorem solvit, cum centum deberet, invitatus non compellitur ad communionem; ut fundum pro parte dimidia cameo, cui solvit, habere communem cogatur. Cæterum si res alia, cujus communio non induceretur, soluta fuisset: eo sanè casu totius soluti conditio non fuisset concessa, *per ea, quæ ibidem tradit Bartol. & Curtius junior de feud. d. part. 1. q. 6. num. 14.*
- 227 Enimverò sententia hætenus defensa restringitur, ut locum sibi non vendicat, si probabiliter appareat, concessionem aliter, quàm facta sit, unum aut alterum contrahentium subsistere sive valere noluisse: idque ex causis, quarum illi mentionem faciunt. Tunc etenim separatio utilis ab inutili fieri non potest: sed perpetuò utile per inutile vitatur & impeditur: quoniam scilicet utile per se stare contrahentes noluisse, verisimiliter constat. *l. Pedius. 7. in fine. ff. de receptis, qui arbitrium, &c.*
- 228 Tribus porro modis emphyteusis constitui potest: ultimâ voluntate, præscriptione, & pactionibus. Ultimâ voluntate rectè constituitur, duobus principaliter concurrentibus. Primum est, si quis per testamentum, vel codicillum, vel per mortis causa donationem, cuiuspiam rem immobilem, sub annua pensione, heredi præstandâ, utendam fruendam concedat. *arg. l. 3. in princ. & l. ususfructus. 6. in princ. cum l. seq. ff. de usufruct. l. ult. C. de codicill. l. 1. §. sed & 7. ff. de superfic. l. ult. C. de donat. caus. mort.* Alterum, si legatarius dixerit, sibi legatum & pensionem constitutam placere; quia nemo invitatus potest obligari. *l. qui in aliena. 6. in princip. ff. de acquir. vel amittend. heredit. latius Donellus lib. 9. Commentar. de jure civ. cap. 13. pag. 444. n. 50. D. Obrechtus disput. 36. th. 58. cum seqq. & D. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 45. & seq. edit. 2.* Cæterum patrem uni ex filiis emphyteusin suam testamento relinquere posse, communiter placuit. *arg. hujus §. nostri. ibi, cuivè conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliòve quocunque modo alienaverit, &c. Jason ad l. 2. num. 207. & seqq. C. de jure emphyteut.* qui hanc rem plenè excutit, & tandem num. 211. distinguendo Doctorum discrepantes opiniones conciliat & exponit.
- 231 Circa istum modum quæri poterit: quânam actione emphyteusis, testamento relicta, petenda sit ab herede constituentis? Et breviter dicendum: eam petendam esse vel actione in personam, nempe ex testamento, vel in rem. §. 2. vers. nostra autem constitutio. *supr. de legat. l. 2. ff. de Public. in rem act. Dn. Collega Bocer. d. disput. 14. thes. 45. lit. b. Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 33.* Præscriptione acquiritur emphyteusis, si quis fundum quandam à non domino in emphyteusin acceperit: vel licet non acceperit, tamen illum ut emphyteuticum (præstando scilicet quotannis ipsi domino fundi canonem) per triginta vel 40. annos possederit, *arg. l. 3. 4. & 6. ubi Bartol. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & arg. tit. 26. §. si quis per triginta. libr. 2. F. ubi feudum, cui emphyteusis similis est, triginta annis præscribitur. & l. agriculturalum. 18. C. de agricol. & censit. ubi possessio longissimi temporis, triginta scilicet annorum, facit adscriptitium colonum, cui emphyteuta assimilatur. Et ita Doctores communiter tenent. Angel. in l. Prator. 4. §. 1. ff. de edendo. Jason in l. 2. num. 155. C. de jure emphyt. Joan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 2. partis tertie principal. quest. 10. n. 36. & part. 4. quartæ principalis. q. 10. Paulus Picus à monte Pico. ad tit. ult. n. 1. lib. 1. feud. Chassaneus consil. 18. colum. 1. Ruin. cons. 151. n. 5. lib. 4. Paris. cons. 23. num. 5. lib. 4. Clarus. lib. 4. sentent. §. emphyteosis. q. 7. Menochius de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 108. n. 4. Ferrar. in rubr. C. de jure emphyteut. Wegner. disp. 12. th. 5. sub lit. g. Borcholt. in tract. de feud. c. 7. n. 4. & seqq. pag. mihi 172. Bronchorst. cent. 1. ἐναυτοπαύων. assert. 52. edit. 1. & ceteri, quos isti citant. Quamvis alii ad hanc præscriptionem tempus*
- longum sufficere contendant: *Bald. in l. 1. num. 15. C. de fideicommiss. Bocer. d. class. 2. disp. 14. th. 43. lit. b. Bachovius in suis not. ad Trentler. disp. 29. vol. 1. th. 11. lit. B. pag. 1132. Eggebrecht. d. synopsi. conclus. 105. Mascard. in tract. de probationib. vol. 1. conclus. 337. num. 2. ubi plures enumerat.* Pactionibus denique jus²³⁴ emphyteuticum constituitur, si de re in emphyteusin dandâ, inter dominum & emphyteutam convenit: ut nimirum prædium emphyteuta ad tempus, vel in perpetuum, ad fruendum acciperet, idque excoleret, & domino quotannis certam pensionem solveret, Atque pactiones istæ, quantumvis contra naturam contractûs interpositæ, firmæ, illibatæque perpetua stabilitate modis omnibus custodiendæ sunt. *l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro. ibi, & si quidem aliquid pactum fuerit, &c.*
- Utrum autem pactio seu conventio de certo precio,²³⁵ ultra pensionem, ab initio hujus contractûs emphyteutici domino præstando, necessaria sit, non immeritò hoc loco quæritur? Sunt sanè Interpretes non pauci, qui dicunt, de substantia hujus contractûs esse, ut ultra pensionem certa quantitas pro ingressu seu introitu contractûs, ab emphyteuta domino solvatur. *Jacob. de Aren. & Alberic. de Ros. Raphael Fulgos. & Guarnerius de Castet. in d. l. 1. C. de jure emphyt. Hostiens. in summa. de locato. n. 11. Joan. Baptista Ferret. consil. 81. num. 3. Dec. in cap. in præsentia. num. 48. de probationib. & alii, quos refert Stephanus Bertrand. cons. 34. incip. principalis difficultas. num. 5. lib. 7.* Cæterum alii, & quidem numero plures, contrariam amplectuntur sententiam: quòd nimirum in contractu emphyteutico celebrando conventio, de certo precio ab initio domino annumerando, necessaria non sit. *Cynus, Salicet. Bald. & Jason. num. 3. in d. l. 1. C. de jur. emphyt. Corasius ibidem in Rubr. num. 11. Natta cons. 49. Paris. cons. 77. num. 13. libr. 3. Alex. cons. 117. viso processu. num. 13. lib. 4. Clarus d. §. emphyteosis. quest. 3. Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyt. quest. 10. Joannes Orosius Hispanus ad l. juris gentium. 7. ff. de pactis. aliq, ab his designati.* Et hæc sententia suo non destituitur fundamento: quia nullis legibus, etiam accuratè & ex professo de substantia atque naturâ contractûs emphyteutici tractantibus, cautum reperitur; quòd ad perfectionem sive substantiam hujus contractûs ab initio certum precium requiratur,²³⁶ sicut videre est ex præsentis §. & l. 1. & tot. tit. ff. si ager vestigal. itemq, d. l. 1. & 2. C. de jure emphyt. Non debemus autem plus ad formam seu substantiam alicujus actûs exigere, quàm lex ipsa exigit, *arg. l. illam merito. 19. vers. superstitibus quidem. C. de collationib. & Novell. 18. cap. 5.* Præterea vana & insipida veterum fuisset dubitatio, an contractus emphyteuticus locationi & conductio- ni adscribendus esset, si is contractus ad sui perfectionem, certum ab initio precium requireret: quoniam omnibus, etiam tyronibus, notum est; quòd locatio ad sui substantiam seu perfectionem, ab initio certum precium præstandum non requirat.
- Nec obstat huic decisioni nostræ, quòd emptio-venditio & contractus emphyteuticus magnâ inter se familiaritate ac similitudine conjuncti sint, *per hunc §. nostrum.* Nulla verò emptio sine precio consistat. §. *precium autem.*²³⁷ *f. tit. proximo. l. 2. §. 1. l. cum in venditione. 36. l. nuda. 55. & l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.* Nam non in omnibus contractus emphyteuticus & venditio inter se conveniunt; alioqui non similes contractus, sed iidem penitus essent, *contra d. l. 1. C. de jure emphyteut.* Convenit autem emptioni & venditioni cum contractu²³⁸ emphyteutico potissimum in eo: quemadmodum per emptionem & venditionem dominium in emptorem transfertur, venditore domino existente. *l. ex empto. 11. §. & in primis. 2. ff. de actionib. empt. adeo, ut non valeat contraria conventio de dominio non transferendo. l. cum manu sata. 80. §. ult. ff. de contrah. empt.* ita & per contractum emphyteuticum jus aliquod dominio simile (quòd dominium utile vulgò indigitant) in emphyteutam transfertur, *d. l. 1. ubi Dd. ff. si ager vestigalis, &c. & jam ostensum supra. n. 11. & seqq. ubi inter emptionem & hunc contractum aliquot exposuimus differentias.*

239 Non etiam resistit textus in *l. fin. vers. penult. C. de jur. emphyt.* ubi dum traditur, quinquagesimam partem precii ab emptore fundi emphyteutici, pro impetranda investitura, domino præstandam esse: ex eo necessario sequi videtur, certum precium ab initio & in ipso limine contractus emphyteutici, ab emphyteuta ipsi domino esse exponendum: cum quinquagesima precii pars pro investitura obtinenda in considerationem venire nequeat, nisi precium in ipso contractu certum fuerit constitutum. Quomodo enim pars precii esse potest, si nullum precium constitutum est? Textus, inquam, ille non resistit. Justinianus namque in eo non loquitur de precio, ab initio hujus contractus domino fundi numerando: sed de quinquagesimâ parte precii illius, quod emphyteuta venditori, pro fundo emphyteutico vendito, ab emptore ex conventionem præstandum est. Cujus precii, à contrahentibus in conventionem deducti, quinquagesima pars ab emptore, sive emphyteuta novo, pro inductione in possessionem, & signo novæ acquisitionis (*quam investituram vocant*) domino præstari debet. Neque verò illius quinquagesimæ partis præstatio ad substantiam hujus contractus referri potest: cum is, etiam antequam ea præstetur, indubitata subsistat.

240 Pariter non refragatur textus in *Auth. qui res. C. de SS. Eccles.* ubi ratione contractus emphyteutici aliquid datum fuisse, certum est. Nam etiam ex eo apparet, posse fundum non gratuito, sed aliquo accepto, in emphyteusim dari: haud tamen propterea consequens est, de substantiâ contractus emphyteutici esse, ut aliter, nisi precio à principio soluto, iniri non possit.

241 Sic quoque nihil obest *l. privata. 10. ibi*, præter primum delegationis canonem. *C. de excusationib. mun.* ubi etiam in ipso limine contractus quippiam datum fuisse videtur. Quandoquidem lex ista accipienda est de annuo canone, in recognitionem directi domini præstando: non verò de precio, à principio contractus emphyteutici per emphyteutam domino numerando. Quod si verò pro introitu quid numeretur: id ex consuetudine potius, aut pacto, quam ex naturâ contractus fieri, notat Baldus in *d. l. 1. n. 3. C. de jur. emphyteut.* Si tamen quantitas soluta pro ingressu valorem pensionis excedat: venditionis potius, quam emphyteuseos contractum censeretur, tradit Valascus *d. quæstion. 10. num. 7.* eumque novissimè sequens Nicol. Eggebrecht. in *synopsi juris emphyteut. conclus. 42.*

242 Etsi autem conventio de precio certo, ab initio hujus contractus domino solvendo, necessaria non est, ut modo explicatum: plerisque omnibus tamen in confesso est, de substantiâ ejusdem contractus esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem domini ab emphyteuta quotannis exolvenda, conventio celebretur; quemadmodum supra circa definitionem *n. 40. 82. 104. & seqq. docuimus.* Cum igitur pars substantiæ sit, de pensione conventio: inde sequitur, contrahentes pacisci non posse, ne domino pensionem emphyteutaolvere teneatur. *l. 1. in princip. ibi hac lege, ut tam diu pro his vectigal. solvatur. ff. si ag. vectigalis, &c. & hoc §. nostro ibi, ut quamdiu pensio, &c. Coras. in l. 2. n. 4. vers. unde nec in specie & ibid.*

243 Ferrarius in principio. *C. de jure emphyt.* Pacta siquidem contra substantiam contractus inita, ipso jure nulla & inutilia putantur, arg. *l. cum precario. 12. in princ. ff. de precario. & l. si donationis. 3. C. de contr. h. empt. & vend. Sichard. ad l. 2. num. 14. C. de jur. emphyt.* Sanè ex postfacto pensionis remissionem à domino fieri posse, emphyteusi nihilominus durante, probabilius est, argumento *l. cum satis. 23. C. de agricol. & censit. §. item precium. 2. supr. de empt. & vendit. junctâ l. precii. 9. de re seind. vendit. Eggebrecht. d. synopsi. conclus. 47.* Non possum hîc silentio præterire insignem errorem Joannis Ulrici Wolffii, à Todten-Wardt &c. aliquot ante annos hac in Academiâ summis juridicæ laureæ honoribus à me condecorati. Is in suo prodromo responsor. & consilior. jur. consil. 1. numero 311. ita scribit: Quarto faciat, quod pensionis præstatio de substantiâ & formâ emphyteuseos non sit, quidquid etiam statuat Ioannes Harpprecht. &c. Equidem, mi VVolfii, non sum ex eo-

rum numero, qui nefas esse arbitrantur, si juvenis contra senem, aut discipulus contra Præceptorem statuatur, sed tamen hoc exigo, ut dissensio illa modesta sit, & veris ex fundamentis extructa. Neutrum à te factum videretur. Non prius: quia verba illa (*quidquid etiam statuat Ioan. Harpprecht.*) quid aliud, quam inflatum & tumens animum præ se ferunt? Verum hoc tantoperè non curo. Et posset utique condonari aliquid fervori tuo; si modò posterius recte se haberet: & rationes illæ, quibus me oppugnatum ire satagis, non tam prodigiosè & intolerabiliter ineptæ falsæque essent: ut mox videbis & fateberis. Primò igitur in eo hallucinarius: quod putas, me statuere, ipsam pensionis præstationem de substantiâ & formâ emphyteuseos esse: cum tamen apertè hîc scripserim *sub num. 242. (in primâ editione. num. 223.)* de substantiâ hujus contractus esse, ut de canone seu pensione, in recognitionem domini ab emphyteuta quotannis exolvenda, conventio celebretur, &c. Et quamquam supra *num. 40. (in priori edit. num. 36.)* dixi, de substantiâ emphyteuseos esse consensum, rem immobilem, & pensionem annuam domino præstandam: attamen illa verba ideo saltem addita sunt, ut declaretur, qualis debeat esse ille consensus, qui emphyteusin efficit; nempe quod debeat interponi de re immobili fruenda, pro pensione annuâ, domino in recognitionem domini præstandâ: neutiquam verò, quod putem, ipsam pensionis præstationem de substantiâ emphyteuseos esse: cum certum sit, eam ad effectum emphyteuseos jam constitutæ pertinere; nullatenus verò ad formam & substantiam emphyteuseos constituendæ requiri. Quò respexi quoque in definitione emphyteuseos supra *n. 4.* asserens: emphyteusin esse contractum, solo consensu constantem, &c. Nam emphyteusis est contractus ex consensu. At contractum ex consensu ad sui substantiam præter consensum nihil aliud desiderare, tyronibus juris notum est, ex toto tit. *supr. de obligationibus ex consensu.* Sic, *verbigratiâ*, de formâ & substantiâ emptionis-venditionis est solus consensus, de re certo precio habendâ, non ipsa rei traditio & precii numeratio. *§. cum autem emptio. 3. supr. de empt. & vendit.* Ita quoque in locatione-conductione, ut substantiam capiat obligatio, nihil aliud requiritur, quam consensus de re certâ mercede faciendâ vel utendâ; non ipsa mercedis, vel facti, vel usus præstatio. *in princip. supra hoc tit.* Nec quenquam hîc turbet, quod ibidem *num. 12.* à me dictum est: tria ad hujus contractus substantiam esse necessaria: consensum, mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur. Etenim solo quidem consensu initur hic contractus; sicuti apparet ex definitione, in *d. princ. n. 3.* posita; ibi, *solo consensu initus*: attamen hic consensus duo alia includit, nempe mercedem certam, & rem ipsam, quæ locatur: non quidem, quod ante præstitam mercedem, vel ante facti, quod locatum est, implementum, vel ante præstationem usus rei locatæ, hic contractus non subsistat (etenim ut ad horum quid agi possit, præcedere oportet locationem-conductionem) sed tantum, quod consensus de his interponi debeat: nec perfecta dici possit locatio conductio: nisi de re, certâ mercede, utendâ vel faciendâ, conventio celebrata fuerit. Eodem igitur modo de substantiâ & formâ emphyteuseos est solus consensus de prædio perpetuò fruendo, sub annuo canone, in recognitionem directi domini præstando. Hac ratione corruunt ultrò omnia argumenta VVolfii, quibus id solummodò evincere conatur, præstationem canonis de substantiâ & formâ emphyteuseos non esse. Veruntamen si penitiùs inspexerimus ipsius argumenta: manifestissimum evadet, quod ne hoc quidem efficere valeant. Nam primò inquit: Emphyteusis pro uno nummo fieri potest, & in re minimâ consistere. Ergo pensionis præstatio non est de substantiâ emphyteuseos. Sed vanitatem argumenti quis non videt & ridet? Quomodo enim sequitur: canon emphyteuticus etiam in re minimâ consistere potest. Ergo nullus omnino canon requiritur? Plus nempe est in conclusione, quam in præmissis: quæ id duntaxat efficiunt, magni canonis præstationem non requiri ad emphyteusin: sed sufficere etiam modicam

pensionem: cum per ejus præstationem æque, ac per magnæ pensionis solutionem, dominium recognosci: adeoque finis, ob quem exigitur pensio, perinde haberi queat, *per dicta ad num. 247. infra hoc §.* At nullam omnino requiri pensionem, hinc nemo rectè intulerit. Deinde, prioris argumenti debilitatem proculdubio ipsemet antagonista animadvertit: proindeque pergit, & ait: imò planè sine interventu pensionis (emphyteusis,) valere potest, *§. quia verò Leonis. Auth. de non alienand. aut permittand. reb. ecclesiastic. hoc est, Novell. 7. cap. 3. §. 1.* Hic verò, mi Wolffii, moneo atque hortor te amanter: ut posthac in allegandis textibus, quos nondum bene intelligis, parcior sis & cautior. Etenim *in illa Nov. 7. c. 3. §. quia verò Leonis. 1. vers. si verò alicujus, &c.* quam pro adstruendo tuo paradoxo adduxisti, plurimum invenio, quod meæ sententiæ patrocinetur: quod obstat, nihil. Verba ita habent: *Si verò alicujus ecclesiastici prædii suburbanæ emphyteusis detur: qualia plurima maximè in hac novimus felicissimè consistere Civitate, multo quidem digna precio, parvas verò redditu pensiones, aut nihil pensionum omnino: non ex redditibus metiri emphyteusim, sed æstimari suburbanum subtiliter, & reputari ex precio collecto redditus possibiles in viginti annis computari: & in redditibus ex hoc computatis agi emphyteusim; non perpetuo, sed in eum, qui percipit, & duas ex eo successiones, & viro & uxori, sicut prædiximus, faciendam.* Wolffius itaque, ut apparet, in errorem seductus fuit ob illa verba: *nihil pensionum omnino.* Quasi hic esset sensus: Imperatorem multa novisse prædia ecclesiastica suburbana, in emphyteusim data, ex quibus nulla pensio ab emphyteuta præstetur. Quid verò, mi Wolffii, potuisses dicere inscitius? Non enim loquitur Imperator de prædio ecclesiastico suburbano, quod jam datum sit in emphyteusim: sed ostendit, qualis pensio, & quomodo sit constituenda, si tale prædium in emphyteusim detur: ut ipsa verba planissimè evincunt. Ideoque nec vocabulum (*pensionum*) de emphyteuticâ pensione exaudiri potest. Quod ipsum etiam ex vocabulo (*redditu*) magis perspicuum fit. Haud etenim ipsa prædia emphyteutica pensionem seu canonem emphyteuticum præstant, sed emphyteuta. Ex quo vel solo errorem tuum videre potuisses: nisi à temerariâ contra Promotorem insurgendi libidine occæcatus, prorsus cæcutiisses. Verùm agè, mi Wolffii, tute in me fuisti temerarius: ego in te ero beneficus: malumque bono pensabo: & verum intellectum tibi dabo illius textus, quem tu non bene intellectum malè allegasti. Hoc igitur vult Imperator: Si prædium aliquod ecclesiasticum, pretiosissimum quidem, sed tamen vilissimum, aut nullum omnino habens redditum, in emphyteusim detur: tunc canonem emphyteuticum non esse metiendum ex quantitate redditus (alioquin etiam canon vilis foret, cum detrimento Ecclesiæ) sed prædium illud æstimandum esse, & viciesimam partem precii, canonis nomine constituendam, & quotannis ab emphyteuta præstandam. *Verbi gratiâ:* Si prædium ecclesiasticum suburbanum sit M. tunc canon constituendus erit L. ita ut canon cumulatus in spatium 20. annorum, ascendat ad veram prædii illius æstimationem & valorem. Huncque verissimum intellectum colligere possumus ex Juliano Patritio & Antecessore Urbis Constantinopolitanæ, integerrimo Novellarum Justinianearum Interprete. Eundemque intellectum haud obscure probant Guilielmus Rodeanus *in suo tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 19. n. 3.* Speculator *in tit. de emphyteusi. n. 14.* & seq. Corneus *consil. 265. part. 1. & consil. 201. & 285. part. 3.* nec non ipse Accursius *in d. Novell. 7. cap. 3. §. 1. ad verb. computari.* eumque communiter Interpretes sequuntur, ut mirum sit, Matthiam Colerum, aliàs Jureconsultum non incelebrem, quem refert & sequitur incautè Wolffius, hac in re errasse, *consil. 5. num. 33.* Et hæc de illâ Novella, in quâ anchoram suam posuit Wolffius. Adducit tandem idem Wolffius pro stabiliendo errore suo quædam alia; sed leviora & puerilia: adeoque sibilis, quàm refutatione, digniora, Si [inquit] *pensionis præstatio de substantiâ emphyteuseos non est: sequitur, quod si præstatur, eo ipso emphyteusis non possit induci.* Aliàs

enim necessario inferretur: Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis: & contra: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis. Sed hoc juri communi, præsertim verò allegato §. quia verò, tam est adversum, quàm quod adversissimum. Pessimè argumentaris, mi Wolffii: teque, ut in iuridicis, ita quoque in Logicis ridiculum præbes. Etenim si maximè statuamus: pensionis præstationem esse de substantiâ emphyteuseos: tamen non sequitur; nec rectè, multò minus necessario inferitur: Pensio præstatur. Ergo est emphyteusis. Contra verò optimè colligitur, & necessario sequitur: Pensio non præstatur. Ergo non est emphyteusis: utcumque tu id ex falso præsupposito & sinistro intellectu dict. *Novell. 7. cap. 3.* juri communi adversissimum esse putes. In re admodum facili, utar exemplo non difficili. Notum est; ad substantiam hominis requiri, animal & rationale. Nec tamen necessario inferitur: Rationalis est. Ergo homo est. Nam potest esse Angelus. Nec etiam sequitur: Animal est. Ergo homo est. Namque potest esse leo aut lupo. Contra verò optimè concluditur: Non est rationalis. Ergo non est homo. Item non est animal. Ergo non est homo. Cur ita? Nempe quia à positione unius partis substantialis, non rectè argumentamur ad positionem totius substantiæ: contra verò à remotione unius partis substantialis, necessario inferitur ad remotionem substantiæ. Verum hæc Baccalaureis nota sunt. Eodem ergo modo positâ pensionis præstatione, non ponitur emphyteusis: at remotâ pensionis præstatione, removetur etiam emphyteusis. Nam est quidem pensionis præstatio de substantiâ emphyteuseos: at non sola; cum etiam requiratur, ut conventio celebretur de prædio fruendo, itemque de pensione in recognitionem directi domini præstanda. Refutatis itaque omnibus argumentis Wolffii: verum relinquitur, præstationem pensionis, seu (ut apertius mentem meam explicem) conventionem de præstanda pensione esse de forma & substantiâ emphyteuseos: *quicquid etiam statuat Doctor Wolffius, contra Iurisconsultum Harpprechtum.*

Et quid verò pensio sive canon iste, ab emphyteuta²⁴⁵ quotannis præstandus, in nummo uno, vel re alia quavis minima constitui possit, scrupulo non caret? Et posse, rectè à plerisque affirmatur. Nam in emptione quoque pre-²⁴⁶ cium, & in locatione (cum quibus contractibus emphyteusis maximam habet familiaritatem, *per hunc §. n.*) merces uno nummo constitui potest: dummodo id non donandi, sed vendendi & locandi animo fiat. *l. si quis donationis. 38. ff. de contrah. empt. & arg. l. si quis conduxerit. 46. ff. locati.* ubi Ulpianus respondit, conductionem uno nummo factam, ipso jure nullam esse, eâ subjecta ratione: quia hoc donationis instar inducit. Si ergo ex conductione, nummo uno facta, non elucescit mera donatio: sed constat, hanc exiguam mercedem conductionis causa à contrahentibus fuisse appositam: conductionem valere dicendum est. Idem erit iudicium, si de precio minimo in emptione & venditione contrahentes, non animo donandi, inter se convenerint. Quid enim, si quis rem uno saltem nummo dignam tanti vendiderit? Nemo profectò sanus hanc venditionem, donationis causa contractam, adeoque inutilem fuisse dixerit. Proinde & canon emphyteuticus ex placito partium uno definiti nummo poterit. Idque ex eo apparet luculentius: quod²⁴⁷ canon ex origine proprioque fine hujus contractus, quatenus domini utilitatem respicit, ad dominium solummodo recognoscendum requiritur, *ut monsum supra n. 113.* Sed dominium per unius nummi, reive levissimæ præstationem æquè, ac per solutionem rei magnæ recognosci posse, in propatulo est. Atque ita sentiunt Bald. *in Rubr. C. de jur. emphyt. Iason. in l. 1. n. 4. C. eod. Connan. lib. 6. Commentar. c. 12. n. 6. vers. similiter conductiones, &c. Mynsing. resp. 66. n. 6. & resp. 78. num. 11. Valascus in tractat. de jur. emphyt. quest. 1. num. 11. 19. vers. tu adverte, &c. Knipschildt d. exercitat. Acad. 9. quest. 6. pag. 329. & seq.* Quanquam contrarium, ut verius, placeat D. Bocero *class. 2. Disputat. 14. thes. 32. edit. 3.*

Nec nostram turbat sententiam *l. si quis ante. 10. §. fin. ff. 248 de acquir. vel amitt. poss. l. sicut 20. §. 1. & d. l. si quis condux.*

46. ff. locati & d. l. si quis donationis. 38. versic. totiens enim dicimus, &c. ff. de contrah. empt. ex quibus locis evincitur, quod conductio sive emptio, quæ celebratur uno nummo, minimè valeat. Iste namque leges eo de casu intelligendæ sunt, quo manifestum est; mercedem vel precium vilissimum, nimisque exiguum, non quidem vendendi vel locandi, sed mero donandi animo inter contrahentes constitutum fuisse. Hoc sanè casu venditionem vel locationem non esse contractam, palam est, ut etiam expositum est in §. 1. supr. hoc tit. num. 9. At in contractu emphyteutico canon, quantumvis exiguus, nunquam donationis causa, sed ob id semper constitutus esse censetur, ut per præstationem illius directum (quod ajunt) dominium recognoscatur. Ex quo fit, ut contractus ille semper subsistat, etiamsi de vilissimi canonis præstatione in eo actum fuerit.
- 249 Unde contractus emphyteuticus ita perfici posse videtur; si inter partes conveniat, ut canonis sive pensionis nomine tantum emphyteuta præstet, quantum justum fuerit. Canon siquidem (ut & ante dictum) hoc in contractu ratione ejus originis & finis, duntaxat ad recognitionem domini directi desideratur. Jam verò si conventum sit, ut emphyteuta pensionis nomine solvat tantum, quantum ipsi placuerit, vel justum fuerit: unius solutione nummi recognitionem domini æquè præstat, ac si certam aliquam magnam pensionem solvat: ut nihil prorsus substantiæ hujus contractus ex modicitate seu parvitate canonis decedat. Et quamvis in venditione certum ac determinatum exigatur precium. §. sed & certum sup. de empt. & vendit. l. ult. C. de contrah. empt. late, post alios, Fachinaus lib. 2. controvers. jur. c. 1. aliud tamen in contractu emphyteutico obtinet: propterea quod venditio rei æstimandæ causa celebratur. Nulla autem est æstimatio rei, ejus precium non est definitum. Cæterum in emphyteusi, ex proprio ejus fine, quatenus utilitatem domini concernit, hoc agitur: ut per solutionem canonis directum dominium recognoscatur: quæ quidem recognitio etiam vilissimi canonis præstatione expeditur, ut sapius jam inculcatum.
- 251 Porro si exculi ac fertiles agri, non solum pro recognitione directi domini, in emphyteusin dentur: sed etiam, ut fructuum contemplatione pensio solvatur, ut hodie plerunque fieri assolet: hoc casu canonem non minus certum esse debere dicimus, quam in locatione pensionem sive mercedem, & in emptione precium, propter eandem juris rationem. Ideoque tunc sicut in locatione mercedis, & in emptione precii definitio in certæ personæ arbitrium confertur, l. si merces 25. ff. locati. l. ult. C. de contrah. empt. ita quoque hoc casu canon sive pensio in certi hominis arbitrium conferri poterit. Quicquid enim in emptione & locatione constitutum est: etiam ad hunc ferè contractum emphyteuticum pertinet, canone fructuum contemplatione constituto. Faciunt huc not. Valasci, d. tract. de jur. emphyt. q. 11. n. 10. cum seqq. & Scharidi ad l. 1. n. 28. c. de jur. emphyt. & Gail. lib. 2. obs. 23. n. 24. & seq.
- 252 Constituta & acquisita ritè emphyteusi, videndum est: quod commodum emphyteuta ex jure constituto percipiat: quod item onus vicissim pro eo præstet & subeat. Imprimis autem emphyteutæ competit facultas habendæ & possidendæ rei emphyteuticæ. Ita enim hæc res illi tradita est, ut eam habere & possidere liceat, hoc §. nostro vers. ut ecce de prædiis, &c. l. 1. ff. si ager vectig. &c. Et quamvis prædii emphyteutici dominus non sit. d. l. 1. §. 1. ff. in d. tit. tamen quasi dominus, & jure nostro simpliciter fundi dominus (licet minus propriè) appellatur. l. possessorès. 12. in fine. C. de fund. patrimonial. & similibi allegatis in princip. tit. supr. de rer. divis. n. 44. ubi ea de re nos latius. Unde ei res emphyteutica, ne quidem ab ipso domino auferri potest, quamdiu pensionem sive canonem debitum exolvit. hoc §. & d. l. 1. in princip. ff. si ager. vectigalis, &c.
- 254 Quæri hic potest: an emphyteuta verè & civiliter, an verò tantum naturaliter prædium emphyteuticarium possideat? Et communis Dd. resolutio est: dominum directum

civiliter, emphyteutam autem, ut & vasallum (cum uterque sciat, dominium rei emphyteuticæ & feudisticæ suum non esse) naturaliter tantum possidere. Ita tenent Bartolus, Alexand. lason. & alii in l. possideri. 3. §. ex contrario. & in l. naturaliter. 12. in princip. ff. de acquir. vel amitt. possess. Menoch. de retinenda possess. remed. 3. num. 82. 83. & 85. & idem de recuper. poss. remed. 1. n. 68. Fulgos. consil. 1. num. 3. pluresque alii, quos refert & tandem post longam disputationem probat Valascus in tract. de jure emphyt. quest. 18. num. 1. & 6. sub finem. Confer Dn. Andreæ Dinnerum in explicat. tit. ff. si ager vectig. &c. quest. 5. eumque laudantem Nicolaum Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici, concl. 116. & seq. Cæterum possessio naturalis perhibetur, quando quis rem possidet justè vel injustè corpore & animo: sed non animo, opinione, cogitatione domini, sive non jure domini. Civilis possessio dicitur, quando quis rem ex justa causa possidet corpore & animo, opinione, aut cogitatione domini; sive, quod idem est, quando quis rem possidet jure domini. Hocque jus domini, quod quis cogitat in re possessa, civilem possessionem facit. Nam qui alio quodam, quam domini jure rem detinet, civiliter non possidet. Argumento & exemplo sit creditor, qui rem pignori accepit. Hic jure quidem rem detinet: at non jure domini, sed jure pignoris, l. quæcunq. 13. §. 1. ff. de Publ. in rem act. Scit enim, rem, quam pignori accepit, non suam, sed debitoris sui esse: idcirco civiliter non possidet, sed naturaliter. l. in hac actione. 3. §. fin. ff. ad exhibend. l. cum & sortis. 35. §. ult. & l. debit. 40. §. fin. pignorat. act. Sic & is, qui precario rem rogavit, jure rem detinet: verum non jure domini, sed jure precarii, d. l. quæcunq. 13. §. 1. ff. de Public. in rem act. Haud siquidem & ipse ignorat; rem, quam precario accepit, suam non esse, sed ejus à quo precario accepit: & ideo civiliter non possidet, sed naturaliter l. in rebus. 4. §. 1. & §. ult. l. & habet. 15. §. eum, qui. 4. ff. de precario. Quod planius & explicatius prosequitur Johannes Borcholt. in Commentar. de acquirend. vel amitt. possess. cap. 2. num. 12. & 13.

Deinde competit emphyteutæ jus utendi fruendire, in emphyteusin concessa, hoc §. nostro. ibi, quibusdam fruenda traduntur. d. l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigalis. juxta legem conventionis: quoniam contractus ex conventionem legem accipiunt. l. 1. §. si conveni. 6. ff. de posit. l. contractus. 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur. nihilque tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare. l. 1. in princip. ff. de pact. & l. 1. in r. ff. de constit. pecun. Quod si igitur in fundo emphyteutico inveniuntur fodinæ sive secturæ auri, argenti, plumbi, ferri, arenæ, lapidis, calcis, cretæ, sulphuris, picis, &c. iis emphyteuta, ut bonus paterfamilias, uti frui poterit. l. item si fundi. 9. §. sed si lapidicinas. 2. & §. seq. l. si cuius. 13. §. inde est questum. 5. ff. de usufr. Eiusmodi enim lapidicinas, argenti & aurifodinæ fructus prædiorum censentur: si modò lapides & metalla, hisque similia, post separationem à solo factam, renascantur: uti arguit disertè textus in l. fructus. 7. §. si vir. 13. & §. seq. ff. solut. matrim. & l. ult. in fine principii. ff. de fundo dotali.

Hinc meritò dubitatur: an etiam illæ res, quæ effossæ & separatæ à solo, non renascuntur, emphyteutæ cedant? Et affirmantem ego sententiam probabiliorē esse judico, idq. per textum in d. l. fructus. 7. (in quibusd. exemplar. ff. l. divor. §. si vir. 13. ff. soluto matrim. Si vir, inquit ibi Papinianus, in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas invenerit, & fundum fructuosiore fecerit: marmor, quod casum, neque exportatum. est mariti: & impensa non est ei præstanda: quia nec in fructu est marmor; nisi tale sit, ut la. is ibi renascatur. Hic Papinianus, fundo per lapidicinas inventionem fructuosiore facto, denegat marito impensam. Ex quo apertissimè cognoscitur, quod etiam in casu, quo lapis non renascitur, maritus lapidibus excisis frui debeat. Alias enim textus non diceret, quod hoc casu non essent marito impensæ præstandæ. Injustissimum namque esset; maritum, qui ex inventionem lapidicinas fundum reddidit fructuosiore, lapidum

caſorum commoſo privare, ipſumque ſimul penſarum ſolutione gravare. Ideoque non malè totum iſtum §. Paulus de Caſtro, Raphael Fulgoſius & Duarenus generice procedere ſcribunt: non ſolum quando maritus reddit fundum dotalem utiliorem ex inventione lapidis, qui exciſus renaſci ſolet: ſed etiam quando renaſci non ſolet, verum alia ex cauſa fundus utilior & fructuoſior redditur: veluti ſi propter lapides in eo exiſtentes antea inutilis erat, colique aut ſeminari non poterat: lapidibus autem exciſis factus fuit ad colendum ac ſeminandum utilis. Nec movet, quòd textus in d. §. ſi vir. circa finem innuere videtur, lapides non renaſcentes in fructu non eſſe. Nam etſi propriè ac ſtriè loquendo, lapides, metalla, & ſimilia, quæ non renaſcuntur, in fructu non ſunt: tamen loco fructuum, obventionum, atque commoditatum habentur: ut proinde e uſcemodi lapides & metalla ad eum, qui jus fruendi habet, jure ſpectent: quamvis propriè loquendo fructus non ſint, l. uſufruct. legato. 7. & d. l. item ſi fundi. 9. ff. de uſufructu. Lud. vicus de Molina lib. 1. de Hiſpanor. primogeniis. cap. 23. num. 9.

265 Nihil etiam adverſatur d. l. fin. ff. de fundo dotali. ubi Javolenus reſpondit: fundum non reddi deteriore, ſi tales lapidicina ſint inventæ, in quibus lapis creſcere poſſit. Licet enim ibi hoc dicatur; non tamen ex eo colligendum eſt, aperta lapidicina, & caſo lapide fundum ſemper deteriore reddi, niſi lapis renaſcatur. Hoc namque planè falſum eſſe, quotidiana experientia teſtatur; & omnibus non tantum Jureconſultis, ſed etiam ruſticis notum eſſe poteſt, ut rectè tradit Duarenus ad d. l. fruct. 7. §. ſi vir. ff. ſolut. matrim.

266 Similiter non obſtat l. ſi ex lapidicinis. 32. ff. de jure dotium. ubi lapides ex lapidicinis, in fundo dotali inventis, à marito exciſi, ſi non renaſcuntur, nec in fructu ſunt, non cedunt marito, ſed dotem augent. Etenim maritus in ſpecie iſtius legis aperiendo lapidicinam, fundum procul dubio non fructuoſiorem, ſed deteriore fecit: quæ cauſa eſt, ut lapides ſeparatos à ſolo ſuos non faciat, arg. dictæ l. fructus. 7. §. ſi vir. 13. ff. ſolut. matrim.

267 Denique non refragatur textus in tit. 56. quæ ſint regalia. lib. 2. feudor. ubi argentaria, id eſt, argentifodina (idem generaliter etiam de auri, & cujuſvis alterius preſioſi metalli fodinis exaudiendum eſt) regalibus ſimpliciter connumerantur, & conſequenter ad emphyteutam, vel quemcunq; alium privatum ſpectare nullo modo (ſive metalla renaſcantur, ſive non renaſcantur) poſſunt. Quandoquidem eo in tit. exemplū iſtud de argentariis ſeu argentifodinis nequaquam accipiendum aut interpretandum eſt de proprietate argentifodinarum, quæ ad ipſos privatos, tanquam fructus prædiorum, pertinent. d. l. fructus. 7. §. ſi vir. 13. & §. ſeq. ff. ſolut. matrim. l. 3. in fin. ff. de rebus eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt. d. l. item ſi 9. §. ſed ſi lapidicinas. 2. & §. ſeq. ff. de uſufr. ſed de tributo & vectigali quodam, quod ipſi privati ex argentifodinis, quas ſuis in prædiis habent, fiſco Imperatoris præſtare tenentur, per textum in l. inter publica. 17. §. ult. ff. de verb. ſignif. l. 2. & 3. C. de metallariis & metallis. & l. ſi quis. 1. C. de vectigalibus. Sic ſentiunt. Boſſius in tit. de metall. & argentifod. num. 3. Petr. Gregor. in Syntag. jur. lib. 3. c. 3. num. 1. Afflict. deciſ. 32. num. 5. & 14. Henning. Gæd. conſil. 2. & 3. Schneidevvin. in §. conſtituitur. num. 6. ſupr. de uſufruct. Ferrar. de feud. libr. 5. cap. 7. Mynſinger. reſponſ. 39. num. 10. & ſeq. Roſenthal. in ſynopſi totius jur. feud. cap. 5. conſuſ. 86. aliique, quos recenset & ſequitur D. Collega Boccr. in tractat. de regalib. c. 3. num. 166. pag. 357. Nec huic interpretationi quicquam retrahit, quod in d. tit. quæ ſint regal. ipſæ argentaria ſimpliciter, ſineque ulla diſtinctione regalibus accenſentur.

268 Cum enim eo loco non ipſa nominatim proprietates argentariarum, in prædiis privatorum repertarum, regalibus adſcribatur: certè novam illam legem trahere jubemur ad priores leges, & has ad illam; atque novam hanc poſtérieurem conſtitutionem explicare ex legibus prioribus: ut ſcilicet & antiquiores illæ leges ſalvæ maneant, & nova hæc legiſlatio ſuam quoque vim obtineat. l. non eſt novum. 26. & duab. ll. ſeqq. ff. de legib. Nam quicquid nova lege ſpecialiter ac nominatim expreſſum non eſt:

id veterum legum conſtitutionumque regulis relictum intelligitur. l. præcipimus. 32. §. ult. C. de appellat. & conſtitutio noviter edita non cenſetur in aliquo veteri derogare legi, niſi id expreſſe in ea caveatur. c. 1. in fin. de conſtitution. in 6. Quare cum quædam leges veteres Juſtiniana-270 næ teſtentur, quod argentifodina in privatorum prædiis inventæ, ut fructus ipſorum prædiorum naturales [ſiquidem ſua ſponte proveniant metalla, abſque opera & labore hominum] pertineant ad dominos prædiorum: quædam etiam leges velint, quòd redditum ſive vectigal aliquod ipſi prædiorum domini ex argentifodinis ſuis pendere Imperatoris fiſco cogantur: utique ad has leges priores pertinebit quoque lex Friderici Imperatoris, in d. tit. Quæ ſint regalia. per textum in l. ſed & poſteriores. 28. ff. de legib. Boccr. in tractat. de regalib. c. 3. n. 166. pag. 358. Contrariis itaque argumentis reſutatis, omnino tenendum eſt; emphyteutam lapides vel metalla, & ſimilia, ex fundo emphyteutico effoſſa atque eruta acquirere, ſive renaſcantur, ſive non renaſcantur. Huicque pronuntiato noviffimè ſubſcripſit Nicolaus Eggebrecht. d. ſynopſi juris emphyteutici. conſuſ. 122. Quod tamen 271 temperandum eſt, ut non procedat, ſi ex venæ lapideæ, quæ renaſci non ſolet, inventione fundus non fructuoſior, ſed deterior effectus ſit. Tunc etenim lapides ex eo caſi emphyteutæ non acquiruntur. Id namq; in marito, cujuſ in fundo dotali vena lapidea huiusmodi inventa eſt, omnes Dd. indifferenter probant, per dict. l. fin. ff. de fund. dotal. & d. l. fructus. 7. (alias eſt l. divortio.) §. ſi vir. ff. ſolut. matrim. ut teſtis eſt Ludov. de Molin. d. lib. 1. de Hiſpanor. primogen. c. 23. num. 10. verſ. ſecunda conſuſio, &c.

De theſauro quaſtio elegans movetur: an ille, in fun-272 do emphyteutico inventus, ad emphyteutam, an verò ad dominum proprietatis pertineat? Et illum ad proprietatis dominum pertinere, non ſine luculentis rationibus ſtatuitur: dummodo inventori, ſive is emphyteuta, ſive quis alius ſit, pars dimidia relinquatur. I. Quia theſaurus in loco alieno, non datâ operâ repertus, ex ſemiſſe domini ſoli eſt, ex altero ſemiſſe inventori cedit. §. theſaurus. 39. verſ. at ſi quis in alieno, &c. ſup. de rer. diviſ. l. ſi is, qui, 63. in princip. ff. de acquir. rer. dom. l. unie. verſ. ult. C. de theſaur. Atqui prædii emphyteutici dominus non eſt emphyteuta: ſed ille, à quo prædium in emphyteuſin ipſe habet. leg. 1. §. ult. ff. ſi ager vectigalis, &c. Non ergo ad emphyteutam, ſed ad proprietarium pars dimidia theſauri, in ſolo emphyteutico à tertio quodam inventi, ſpectat. II. Quia theſaurus,274 quem uſufructuarius, vel tertius aliquis in fundo fructuario invenit, in fructu non computatur: ac proinde pro parte dimidiâ lucro domini cedit, ad quem proprietatis fundi fructuarii pertinet. l. fructus. 7. §. ſi fundum. 12. verſ. non magis. ff. ſolut. matrim. Cum igitur emphyteuta in prædio emphyteutico uſumfructum ſaltem habeat. d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. ſi ager vectigalis, &c. certè theſaurus, quem vel ipſe, vel alius aliquis in ejusmodi prædio invenit, ex ſemiſſe domino, ad quem fundi pertinet proprietates, acquiratur. III. Quia actus agentium ultra eorum inten-275 tionem nihil operatur. l. non omnis. 19. in princip. & ibi Bartol. ff. de rebus credit. & l. obligationum. 3. §. 1. ff. de oblig. & act. Covarruv. lib. 1. variar. reſolut. c. 2. num. 2. Sed inter emphyteutam & dominum concedentem fundum ſuum in emphyteuſin, id agitur: ut is, qui fundum in emphyteuſin accipit, eo duntaxat utatur. d. l. 1. §. ult. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. ſi ager vectigalis, &c. Ergo ultra uſumfructum emphyteuta in prædio emphyteutico nihil habet. Ideoque theſaurus, quem in prædio iſtiusmodi invenit, ex ſemiſſe domini eſt; ex altero ſemiſſe eum ſibi vindicat emphyteuta, non quidem propter emphyteuſin, ſed ob ſolam inventionem: quippe cum pars dimidia etiam extranei inventoris lu-276 cro cederet. IV. Quia Paulus JC. reſpondit: ante omnia animadvertendum eſſe, ne conventio in una re facta, noceat in re alia. l. ſi unus. 27. §. pacta, qua turpem. 4. verſ. ante omnia. ff. de pactis. Quapropter cum inter dominum & emphyteutam conventio facta ſit

in prædii usufructu: sanè isthæc conventio domino concedenti, in thesauro invento nocere non debet. Atque hanc ita defendunt sententiam, post Placentinum in d. §. thesauros. 39. supr. de rer. divis. Alvarus Valascus in tr. de jur. emphyt. q. 15. n. 1. vers. sunt tamen aliqui, &c. D. Bocerus class. 2. Disput. 14. thes. §. 1. & edit. 2. item in tr. de regalib. c. 3. num. 181. Eggebrechi. de synopsi juris emphyteut. conclus. 126. alique nonnulli, quos memoravimus in d. §. thesauros. supr. de rer. divis. num. 18. ubi communem Dd. Scholam aliter sentire simul ostendimus.

277 Nostram autem decisionem non imminuit l. possessores. 12. in fin. C. de fund. patrimonialib. ubi emphyteuta simpliciter domini appellantur. Tum quia eo loco emphyteuticarii fundorum domini dicuntur, non quod revera domini sint effecti, sed quod pro dominis habeantur, ut ibidem sentit Cujacius. Tum quia illic emphyteuta improprie & κατὰ ἔκτασιν domini vocantur, tradente Joanne Borcholt. in Commentar. de feud. c. 1. num. 15. Tum quia locus ille accipiendus est non de omni emphyteuta, sed de eo, qui fundum patrimoniale, id est, fiscale, primò quidem in emphyteusin accepit, postea autem jure privato seu proprio eum sibi comparavit, salvo tamen ipsi fisco annuo canone. Quod verò fundi patrimoniales, ex jussu Principis, fieri alicujus possint, canone salvo, arguit etiam l. servus. 39. §. ult. ff. de legat. 1. l. qui fundos. 9. C. de omni agro deserto. l. universis. 9. & l. fundos. 10. C. de fundis patrimonialib.

278 Nihilitem decerpit nostro pronunciato, quod emphyteuta plenius tributum est jus in fundo emphyteutito, quam usufructuario in solo fructuario: cum emphyteusis regulariter ad heredes transeat, hoc §. nostro l. 1. ff. si ager vestigal. & similib. §. num. 92. adductis: usufructus autem morte fructuarii extinguatur. §. finitur. §. de usufruct. l. 3. §. ult. ff. quib. mod. usufruct. amitt.

279 l. corruptionem. 16. C. de usufruct. Quamvis enim in quibusdam plenius sit jus emphyteutæ, quam usufructuarii: inde tamen necessariò non colligitur, similiter in thesauro illi plenius jus competere, quam huic: tum quia thesauri jus à jure veri domini pendet, arg. d. §. thesauros. 39. §. de rer. divis. & d. l. fructus. 7. §. si fundum. 12. vers. non magis. ff. solut. matrim. tum quia successio in emphyteusin, est quippiam diversum & separatum à thesauro: ut illa concessa, hic similiter concessus dici non possit, arg. l. penult. vers. neque enim sicut illud receptum. ff. de reb. credit. l. duobus. 25. ff. de testament. tutel. & l. inter stipulantem. 83. §. sacram. vers. sed hæc dissimilia sunt.

280 ff. de verb. obligat. Quinimò argumenti istius nullum esse robur, ex eo etiam liquet: quod similiter usufructuario in quibusdam jus plenius tributum est, quam emphyteutæ. Hic siquidem jus suum emphyteuticum vendendi aut alienandi liberam potestatem non habet. l. 3. C. de jure emphyteut. & latius explicabitur infra suo loco. Ille verò jus suum percipiendi fructus aliis liberè vendere, locare, aut gratis concedere potest. §. 1. in fin. §. de usu & habitat. l. arboribus. 12. §. 2. l. non utitur. 38. ff. de usufructu. l. necessario. 8. §. ult. ff. de peric. & commod. rei

281 vendit. Præterea emphyteuta, non item usufructuarius, domino suo quotannis canonem emphyteuticum præstare cogitur, hoc §. nost. l. 2. & 3. C. de jur. emphyteut. & explicatum §. n. 104. & aliquot seqq. Reliqua argumenta, quæ nostra traditioni adversari videntur, confutata sunt tum à nobis, in d. §. thesauros. 39. n. 21. & seqq. §. de rer. divis. tum à D. Bocero d. tract. de regalib. c. 3. num. 182. & seqq.

282 Illud quoque notatu dignum est: quod, si in prædio emphyteutico sit vivarium, in quo feræ capi solent; emphyteuta in eodem venari possit: dummodò ferarum numerus, qui fuit eo tempore, quo emphyteusis fuit concessa, per singula genera conservetur. Quod in usufructuario disertè respondit Triphonius in l. usufructuarius. 62. §. si vivariis. 1. ff. de usufructu. & in eo, qui emit cum pacto redimendi, probavit Cagnolus in l. 2. Cod. de pact. inter empt. & vendit. q. ult. huncq. referens Tiraquellus in tract. de retract. convent. §. 3. gl. 1. n. 23. in fine. Si

283 item in fundo emphyteutico sit lacus, stagnum vel pisci-

na, in quibus pisces, ut ibi multiplicentur & crescant, habeantur: redditus piscationum ad emphyteutam pertinere non dubium est, arg. l. item si fundi. 9. §. aucupiorum. §. vers. ergo & piscationum. ff. de usufruct. & l. quid tamen. 10. §. sed & si stagni. 3. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amittitur. Ejusque ratio est perspicua: quia pisces, qui in stagno sunt, ut ibidem multiplicentur & crescant, ad instar fructuum pendentium pars fundi dicuntur: ideoque usufructuarius, emphyteuta, vasallus, & similes, piscando iis frui possunt: ita tamen, ut piscium numerus subinde per substitutionem conservetur. Tametsi pisces, custodiæ duntaxat causa in stagno vel piscina repositi, pars fundi esse non dicantur, sed quid ab ipso fundo, fructibusque fundi separatim ac diversum. l. lines & labra. 15. in fin. ff. de actionib. empti. ibiq. Bartol. & Gothofredus. Siquidem per surrogationem corporum, fructus stagni perpetui efficiuntur. l. cum debere. 33. ff. de servitutib. præd. urbanor. Et licet spacio temporis singula corpora mutantur: mediante tamen surrogatione, semper eadem res dicitur. l. proponebatur. 76. ff. de iudiciis. l. sicut. 7. §. in decurionibus. ff. quod cujuscunque universitatis nomine, &c. d. l. quid tamen. 10. §. in navis. 7. ff. quib. mod. usufr. vel uf. amitt. l. servitutes. 20. §. si sublatum. 2. ff. de servitutib. prædior. urban. l. si grege. 22. & l. si ita legatum. 65. §. ultim. ff. de legat. 1. Et hac de re videantur Guido Papa decis. 91. n. 4. Chassan. ad consuetud. Burgund. tit. 4. §. 2. gloss. pen. col. fin. Molinæus ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 8. n. 18. & 19. & seq. Capoll. de serv. prædior. rust. c. 42. n. 5. Zas. in Epitom. jur. feud. part. 4. n. 2. & 3. Hartman. Pistoris lib. 1. q. iur. q. 24. n. 65. & seq. Schrader. in tr. feud. part. 3. c. 4. n. 7. & 2. part. nona part. princ. sect. 4. n. 10. Bocerus. class. 2. Disput. 14. th. §. 3. ed. 2. & d. tr. de reg. c. 3. n. 150.

Similiter si inter alia bona emphyteutica sit sylva cædua, id est, quæ succisa rursus ex stirpibus vel radicibus nascitur. l. sylva cædua. 30. in pr. ff. de verb. signif. emphyteuta ex ea arbores & ligna excidere licet: si modò frugiferis & grandibus arboribus parcat, cædendoque consuetum usum non excedat. l. ex sylva. 10. & l. seq. l. si cuius. 13. §. fructuarius. ibi, & non debet neque arbores frugiferas excidere, &c. & l. si absente. 48. ff. de usufruct. l. fructus. 7. §. si fundum. 12. ff. solut. matrim.

Ecquid verò emphyteuta ejusmodi sylvam cædere queat, at, quæ non brevi, sed longo temporis intervallo succisa renascitur, non omnium eadem sententia est: Id equidem negare videtur Arius Pinelus ad l. 1. part. 2. C. de bon. mater. n. 59. circa finem. post Paul. à monte Pico, Arnulphum Ruzeum, & Sigismundum Lofred. ab ipso relato. per hanc rationem: quod pullulare & renasci dici non debet, quod annorum multitudinem exigit. arg. l. antepenult. ff. famil. ercisc. Verum contrarium magis probatur Joanni Garzia in tract. de expens. & meliorat. c. 11. n. 35. Alexandro consil. 118. n. 3. & 7. lib. 5. Parisio consil. 111. n. 32. lib. 1. Curtio seniori cons. 70. n. 8. & Bocero. d. class. 2. Disput. 14. th. §. 4. ad lit. c. Tum quia d. sylva. 30. ff. de verb. signif. sylvam cæduam esse definit, quæ succisa renascitur, nulla distinctione facta, brevi, an longo temporis intervallo renascatur. Emphyteutam autem generaliter ex quavis sylva cædua arbores succidere posse, constat ex d. l. ex sylva. 10. ff. de usufruct. Tum quia textus in d. l. fructus. 7. §. si vir. 13. ff. solut. matrim. expressè dicit: lapidem quoque in fructu fundi esse, si cæsus renascatur: quales in Gallia & Alia lapides esse feruntur. Atqui si tales inveniuntur lapides, qui cæsi renascuntur, proculdubio tardissimè succrescunt. Quare cum lapides, quantumvis longo temporis intervallo nascentes, in fructu sint: idem sanè de arboribus cæsis, quamvis longissimo tempore nascentibus, statuendum est. Ex quo clarè satis evincitur; emphyteutam, ad quem fructus rei emphyteuticæ omnes spectant, ejusmodi arbores succidere posse.

Nec obstat d. l. antepenult. ff. famil. ercisc. Quia Ulpianus in ea, de difficultate maxima; quæ impossibilitati comparatur, disertè loquitur, arg. l. nepos Proculo 125. ff. de verb. signif. Ast in nostra specie non est tanta renascendi difficultas, in arboribus, ut propterea impossibilis judicari debeat: Adde, quod terminus ille, ad renascen-

renascendum constitutus, plane naturalis est: ac propterea ob hoc temporis intervallum, ab ipsa natura præfinitum, dicendum non est: renascendi facultatem in arboribus difficilem, nedum ferè impossibilem esse. Rectè ergo concluditur: sylvam cæduam ab emphyteuta succidi posse, etiamsi longo temporis intervallo arbores succisæ renascantur. Et de prædictis videantur; quæ annotavi in addit. ad Iul. Clar. §. *emphyteusis. quest. 41. n. 7.* & seqq.

292 Præterea incrementum fundi emphyteutici, quod ei obvenit, ad emphyteutam jure emphyteutico pertinere, palam est, *l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. 4. ff. de usufr.* Nec hic quispiam probe distinxerit (sicut fecit gloss. in *l. 1. super verb. emphyteuticarius. C. de jure emphyteut. & alibi.*) inter incrementum latens, ut si per alluvionem quid accesserit, & inter incrementum patens sive apparens, ut si insula in flumine juxta fundum emphyteuticum enata fuerit. Omne quippe incrementum, sive appareat,

293 sive latitet, ad emphyteuticarium spectat. Quemadmodum enim omne damnum, sive patens, sive latens, in re emphyteutica contingens, emphyteutam respicit, nisi funditus rem ipsam absumat. *l. 1. Cod. de jure emphyteut.* ita æquitati & rationi congruit, ut omne commodum & augmentum, sive latens, sive apparens, eundem sequatur, *arg. l. secundum naturam. 10. ff. de reg. jur.* Deinde eadem assertio confirmari poterit per textum

294 in tit. §. *si quis de manso. §. lib. i. feudor.* ibi cum Feudistæ dicunt, omne incrementum jure feudi ad vasallum pertinere, si dominus in ipsa curte seu villa nihil sibi reservavit: eo ipso aperte distinctionem incrementi latentis

295 & evidentis rejicit: quia hæc est natura hujus vocis universalis, ut omnes casus includat & comprehendat, *arg. l. 1. §. 1. ff. de legat. præst. and. l. si servitus. 23. ibi, verbo generali omne lumen significari. ff. de servit. urban. prædior. l. à procuratore. 13. C. mandati. can. 1. §. dicendo verò omnia, &c. Distinct. 19.* Atque ita exaudiunt textum illum Zasius in *Epit. feud. part. 6. num. 48. Fridericus Schenck. à Tautenberg. num. 5. & Jacob. Cujacius in d. §. si quis de manso. Francisc. Sponsbeccius part. 10. de feudis. num. 6. aliique.* Et quanquam allegatus textus de feudi duntaxat incremento loquitur: attamen quod de feudo

illuc dicitur, non incitè ad emphyteusin transfertur: cum argumentum de feudo ad emphyteusin valere, extra omnem sit controversiam. Atque hanc sententiam, ceu communi calculo receptam, probat Bartol. in *d. l. 1. num. 10. Alberic. num. 5. & 9. Salicet. col. penult. & Iason. 79. C. de jur. emphyt. Idem Alberic. in l. de quibus. 32. num. 27. & seqq. ff. de legib. ubi etiam Guilielm. de Cuneo, Angelus num. 14. & Francisc. Orosius num. 21. latè Tiber. Decianus respons. 123. num. 53. & seqq. vol. 3.*

296 Nec oberit *d. l. item si fundi. 9. §. huic vicinus. 4. ff. de usufructu.* ubi dilucidè traditur, alluvionis usumfructum pertinere ad usufructuarium: insulæ autem in flumine natæ usumfructum, ad usufructuarium non spectare. Nam illud ad simplicem usufructuarium, cuius jus morte extinguitur, non ad emphyteuticarium, qui firmius, morteque non finiturum jus utendi fruendique obtinet, & aliàs etiam ab usufructuario multum distat (uti ex prædictis videre est) pertinet: ut bene hoc explicant Iohannes Borcholt. in *Comment. de feud. cap. 3. num. 13. ad fin. & Alvar. Valascus in tract. de jur. emphyteut. quest. 16. num. 3. & seqq.*

297 Cum igitur emphyteutæ utendi fruendi jus, in re emphyteutica competat: inde perspicuum evadit, omnia remedia, quæ ad usum rei suæ, & fructum tuendum domino jure comparata sunt, emphyteutæ quoque constituta esse. Idcirco is non solum actione in rem, contra quemvis rei emphyteuticæ possessorem. *l. 1. in fin. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticæ. pet. sed etiam negatoria actione, & interdicto uti possidetis, nec non injuriarum actione, aliisque juris remediis experiri potest, ad versus eos, à quibus re emphyteuticaria uti prohibetur. l. 2. l. sicut. 8. §. Aristo. §. ff. si servit. vindicet. l. 3. §. 2. & §. seq. ff. uti possidet. l. qui pendentem. 2. §. ff. de actionibus, empt. & vend. Menoch. de retinend. possess. remed. 3. quest. 10. num. 84. ubi alios citat.* Sed & experiri potest

emphyteuta aquæ pluvie arcendæ actione. *l. quod Principis. 23. §. 1. ff. de aqua. & aqua pluv. arcend.* itemque interdicto; quod vi aut clam. *l. 1. §. 1. ff. de operis novis nunt.* Tum etiam novum opus nunciare potest, si forte damnum è futuro ædificio ei imminet. *l. 13. §. penult. ff. eod. tit.* Ratio manifesta est: quia isthæc juris remedia 299 superficiario competunt. dictis jam legibus: cui emphyteuta similis est. *l. tutor. 16. §. ult. ff. de pignorat. action.* imò longè potentius jus habet: cum hic rem sibi totam; ille verò tantum ædes, solo alieno permanente, teneat. Unde si emphyteuta ab ædibus ruinosis damnum metuat: damni infecti utiliter stipulari poterit: cum id etiam superficiarius queat. *l. qui bona. 13. §. superficiarium. ff. de dam. infect.* Verum quomodo superficiarius differat ab emphyteuta, exposuit Vultejus hic num. 9. & prolixè Valascus in tractat. de jur. emphyteut. quest. 13.

Et si verò jus utendi fruendi emphyteutæ concessum 300 est: rem tamen in emphyteusin datam deteriore facere; ejusve formam ac substantiam mutare non potest, *argum. principii ff. de usufructu. l. 1. l. si cuius. 13. circa princip. l. usufructuarium. 61. & l. sed cum fructuar. 65. ff. eod. tit.* Unde controvertitur: an emphyteuta nemus seu

301 sylvam extirpare, eamque in pratum, vineam, olivetum, agrum, hortum, quidve simile convertere, vel aliter rem emphyteuticam in aliam formam redigere & transmutare possit? Et quidem expeditum est, si ex hujusmodi mutatione sylva deterior fiat: isthanc mutationem emphyteutæ permissam non esse. Quod si verò res emphyteutica melior ac fructuosior efficiatur, communitè ita distingui solet: Aut sermo est de area in emphy-

302 teusin concessa: quo casu concors sententia est, emphyteutam in illa quodcunque ædificium extruere posse. Licet enim rei forma per istud ædificium mutetur: facillimè tamen, eo sublato, area ad antiquam speciem, formamque pristinam reduci potest. Aut quæstio est de sylva cædua vel non cædua, sive de vinea, horto aut oliveto: quo casu

303 rursus recepta conclusio est, emphyteutam illa extirpare, aut aliam in formam mutare non posse: tametsi ex tali mutatione res utilior & fructuosior reddatur. Hæc siquidem res in aliam formam conversa, ad primævum statum facile reduci nequit. Quam distinctionem non obscure probant. Baldus in *l. 1. num. 11. & Iason. n. 99. C. de jure emphyteut. Capoll. de servit. rustic. cap. 22. n. 10. & Pinelus ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. num. 52.* Nec ei, quod dictum est, emphyteutam in area extruere

304 re ædificium posse, obstat *l. usufructu. 7. §. 1. vers. hæc ratione. ff. de usufructu. & l. repeti. 5. §. ult. ff. quib. mod. usufructu. vel usus amitt.* quibus in locis traditur, usufructuarium non posse aream imponere ædificium. Quamvis enim emphyteuta, ad instar usufructuarii, utendi fruendi jus habeat: attamen exploratum est, & hætenus sæpe inculcatum, nimirum *§. num. 117. & 278.* jus emphyteutæ competens plenius potentiusque esse, quam illud, quod ad usufructuarium spectat. Qua ratione contingit, ut emphyteuta in nonnullis longe majorem, quam usufructuarius, potestatem obtineat.

Ex commodis porro, quæ in re emphyteutica sunt 304 comparata emphyteutæ, superest rei emphyteuticæ alienatio. Emphyteutæ equidem meliorationes suas, & ipsum jus emphyteuticum vendendi facultas concessa est, certis tamen conditionibus: ut videlicet teneatur ipse domino denunciare testatò, adesse aliquem, qui velit emere jus emphyteuticum; & indicare, quantum ille offerat; simulque domino facere potestatem; ut, si velit, eodem precio rem emere, & ad se recipere possit. Quam emendi potestatem seu prærogativam Doctores appellant jus *negotii nunc den vorgang/vorkauff* item jus retractus, das *Standrecht.* Dinnerus in explicat. tit. ff. si ager vectigalis. quest. 8. eumque referens Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteutici conclus. 138. Quod si dominus ita interpellatus, non esse sibi voluntatem emendi, declaret; aut intra duos menses post factam denunciationem sileat: tum demum ille liberè, neglectoque domini consensu, jus suum transferre in quemcunque alium, idoneum & capacem poterit. Hocque casu dominus novum emphyteutam in possessionem suscipere, soluto ei laudemio, hoc est,

est, quinquagesimā parte precii vel æstimationis rei, compellitur. l. 3. Cod. de jure emphyteut. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. c. 14. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 3. num. 36. & seqq. D. Halbrutter. in Disput. de jure emphyteut. de anno 1602. Respondente D. Samuel. le Banfio. thes. 19. & aliquot subsequentibus. Tamen si interdum plus, interdum minus pendi soleat; ut testatur Stephanus Gratianus tom. 1. discept. forens. c. 180. num. 2. eumque citans Dn. Collega Besoldus in thesauro pract. lit. H. num. 12. pag. 377.

305 Laudemium istud (quod novus emphyteuta domino honorarii loco pro subscriptione, inque possessionem inductione, præstare tenetur, arg. d. l. 3. & ibi gloss. in verb. accipere. C. eod. l. debet. 26. ibi, emptorem sequeretur. ff. de adilit. edict. Jul. Clar. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteosis. quest. 23. num. 4. Iason. num. 45. & Sichard. num. 33. in d. l. 3. sive ult. C. de jur. emphyt.) alias vocari solet laudativum sive laudatitium, ex eo forte, quod dominus laudet, seu approbet contractum; ut, post Afflictum in c. imperialem. §. illud quig. num. 14. de prohib. feud. alienat. per Frider. in usib. feud. docet Wesenbecius consil. 16. de laudemis. num. 11. & Dn. Besoldus dicto loco. Leo Imperator in Nov. 13. τὸ εἰς διὰ τὴν, Gallil' accordement, Scheplitz. in not. ad promptuar. jur. civ. & feud. Balbasi Klammeri. tit. 10. num. 13. vulgò handlohn/ handlefen/ weglösin/ Sichard. ad d. l. ult. n. 20. sub fine, Saxones Lehenwahr/ appellant, Eggebrecht. d. synopsi jur. emphyt. conclus. 172. Paul. Matthias Wehner. in suis pract. observat. lit. H. in verb. handlohn/ &c. Vide Amadæum & Ponte in tract. de laudemis, quest. 1. per tot. & ea, quæ fufius annotavi ad Julium Clarum d. §. emphyteusi. quest. 23. itemque Georgium Frantzium in tract. de laudemis, cap. 1. Sanè si decederet dominus directus, proprietate heredi, alteri verò usufructu legato, & res emphyteutica alienaretur: hoc casu laudemium usufructuario solvendum esse, frequentius, & quidem non sine ratione, obtinuit. Cum enim fructus sit, utilitas ex re, vel propter rem proveniens: merito hoc emolumentum, quod propter rem ipsam provenit, ad usufructuarium pertinere debet, arg. l. usufructu legato. 7. & l. item, si fundi. 9. in princ. ff. de usufruct. l. fructus. 72. ff. de reg. jur. Ioan. Andr. in addit. ad Speculat. de emphyteusi. §. nunc aliqua. q. 93. in fin. verb. qui tabernas. Iason. in d. l. ult. num. 45. C. de jur. emphyteut. Clarus d. §. emphyteosis. quest. 23. n. 5. ubi in fine affirmat, se vidisse ita servari.

307 Sed hic non inconvenienter quæritur: an emphyteuta socio suo, qui eadem de re investitus est, vendere partem suam liberè, & domino irrequisito, valeat? Et Doctores plerique concludunt: emphyteutam, absque prævia denunciatione domino facta, in socium suum liberè alienationem exercere posse, Bartol. & alii in l. qui Roma. 122. §. duo fratres. ff. de verbor. oblig. Iason. in l. si domus. 308 71. §. ult. col. ult. ff. de legat. 1. Verum sententiam contrariam esse verisimiliorem arbitror, hac ratione motus: quia socius, licet consanguineus sit, jure communi non potest liberè rem retrahere pro precio, quod ab extraneo offertur. l. dudum. 14. C. de contrahend. empt. Sed dominus directi (quod vocant) domini hoc jus retrahendi habet. d. l. 3. C. de jure emphyteut. c. potuit. 4. de locato & conduct. proindeque dominus in rei emphyteuticæ venditione præfertur socio emphyteutæ: & consequenter ipsi domino emendi conditio & potestas prius offerri debet; etiamsi socio suo vendere emphyteuta vellet. Ex quo perspicuum est, inter socium emphyteutam & extraneum, emere volentem, nullam hac in re differentiam constituendam esse. Ita quoque sentiunt Dn. Collega Boccr. class. 2. Disput. 14. thes. 64. edit. 2. & Eggebrecht. d. synopsi juris emphyteut. conclus. 143.

309 Nec huic reclamant sententia Alexander Imp. in l. voluntas. 4. C. de fideicommissis. ubi prohibitus alienare extra familiam, potest forori coheredi vendere vel alienare. Ea namque in lege alienatio non simpliciter, sed certo modo à testatore prohibita fuit: ne scilicet fundus extra familiam alienaretur. Ex qua sanè prohibitionem colligitur: personis, in eadem familia comprehensis, ex testatoris permisso fundum vendi sive donari posse. Qui enim ex-

tra familiam quid alienari prohibuit: is utique, ut in familiam transferri vel alienari possit, concessisse videtur. At nostra in specie res emphyteutica non respectu certarum personarum, sed simpliciter & indistinctè alienari prohibetur. d. l. 3. C. de jur. emphyt. Quare hæc prohibitio perinde socium; atque extraneum includit.

Nihil quoque obstat textus in c. Imperialem. §. præter- 310 ea ducatus. tit. 55. lib. 2. Feud. ubi feudum inter confortes sive socios coheredes dividi potest. Etenim textus 311 ille apertè loquitur de divisione; quæ alienatio necessaria reputatur, propter discordiam quæ ex communione oriri posset, argum. l. in hoc iudicium. 14. §. si conveniat. 2. ff. communi divid. & l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 3. Alienatione autem prohibita, non 312 censetur prohibita aut interdicta alienatio necessaria. l. Divus. 5. ff. de hereditat. petit. l. 1. in princip. ff. de fundo dotal. l. item si res. 4. §. si quis. 3. ff. de alienat. iudicii mutandi. caus. fact. l. peto. 69. §. prædium, ibiq. Dd. ff. de legat. 2. cum necessitas legem non habeat. Decius in c. 313 quæ propter necessitatem. 162. ff. de reg. jur. Tiraquell. in tractat. de retract. lignagier. §. 26. gloss. 1. num. 19. & seqq. ubi de necessitate plura cumulate adducit.

Similiter non adversatur, quod de feudo obijcitur, id 314 absque domini consensu insimultaneè investitutum, vel agnatum licite alienari posse: cum talis alienatio potius refutatio (quæ sine voluntate domini fieri potest, ut. 38. lib. 2. feudor.) quam vera alienatio intelligatur. tit. 49. vers. & licet, & c. d. lib. 2. feudor. Illud enim in feudo 315 ob hanc rationem receptum est: quoniam per istiusmodi alienationem, in agnatum factam, nullus domino feudi contemptus irrogatur: siquidem feudum hac in specie alienatur in eum, qui à domino in prima investitura fuit approbatus. Hartman. Pistoris part. 1. quest. 6. num. 28. Ideoque cessat isto casu prohibita alienationis ratio: quæ in feudo (ut jam monitum) hæc est: quod per alienationem, sine domini consensu interpositam, dominus contemni, adeoque injuriâ affici videatur, per textum in tit. 24. §. final. lib. 2. feudor. Jus verò emphyteuticum propter hanc potissimum causam, irrequisito domino, alienari prohibetur: quia domino jus rem emphyteuticam eo precio, quod ab alio offertur emptore, comparandi competit: quo jure defraudare dominum cupit emphyteuta, qui absque denunciatione eidem facta, alteri rem emphyteuticam vendit: sive extraneo, sive simul investiti, etiam agnato & consanguineo, partem suam vendat.

Sic nihil ad rem pertinet c. ex insinuatione. 43. extr. 317 de jure patronat. ubi jus patronatus (quod inconsulto Episcopo alienari nequit c. illud præterendum. 8. eod. tit.) in compatronum absque Episcopi assensu licite alienatur. Nam jus patronatus individuum est, omnibusque patronis in solidum competit. c. 1. ibique gloss. de jur. patron. arg. l. loco corpus. 4. §. si fundus. 3. ff. si servit. vindicet. & l. si libertus. 23. in fin. ff. de bonis libertor. Quæ de causa alienatio, in compatronum facta, non alienatio vera, sed potius renunciatio quædam esse intelligitur. gloss. & Canonista in d. c. ex insinuatione 43. extr. de jure patron. Inconculsa ergo manet sententia nostra, quæ statuimus, socium sine denunciatione legitime domino facta, partem emphyteuticam socio suo, quantumvis sanguine juncto, vendere non posse, tamen non ignoremus, aliter sentire D. Sichardum in d. l. voluntas. 4. C. de fideicommissis. num. 6. & 7.

Enimverò quod dictum est: emphyteutam irrequisito 318 domino, & absque denunciatione præcedente, jus emphyteuticum vendendi potestatem non habere: illud haud procedere existimo (utut multi dissentiant, Iacob. Butrig. huncq. citans Speculat. in t. de emphyteusi. q. 94. num. 117. Alexand. consil. 106. viso themate instrumenti. num. 3. & 9. vol. 4. Berous consil. 44. num. 20. & cons. 122. num. 22. & cons. 193. num. 19. vol. 1. Socin. lun. consil. 70. n. 9. vol. 3. & alii per eos relati) si in emphyteutico instrumento disertis exprimat verbis, quod emphyteuta licentiam ac potestatem alienandi, in quemcunque voluerit, habere debeat: idque primo per textum in d. l. 3. ibi, sancimus, siquidem, & c. C. de jure emphyt. ubi expressè cautum est; emphyteutam, qui licentiam alienandi

nandi à domino accepit, alienare posse. Atqui in proposito licentia potestasque alienandi ab initio concessa emphyteuta fuit. Itaque is peculiari domini consensu
 319 amplius opus non habet. Deinde pacta & conventiones eam semper interpretationem recipiunt, ut aliquid operentur, sicque non superflue aut frustra à contrahentibus interposita censeantur. *l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. l. si stipul. 4. ff. de usur. l. cum essent. 33. §. 1. vers. nisi pactum ff. de servit. prad. rustic. c. si Papa. 10. ibi, cum*
 320 *verba aliquid operari debeant. de privileg. in 6.* Proindeque conventio illa in contractu emphyteutico interposita, quod emphyteuta jus emphyteuticum alienare possit, merito sic exaudienda est, ut etiam sine consensu domini jus illud emphyteuta alienare valeat. Præterea huc facit *l. si convenit. 4. ff. de pignoratis. act. §. 1. fin. §. 1. C. de jure domini impetrand. quibus textibus probatur; creditorem, qui jure communipignus, non interpellato prius debitore, vendere non potest, pacto interveniente, ut vendere ipsi liceat, non teneri debitorem admonere seu*
 321 *interpellare.* Confert denique eodem nota juris regula, qua dicitur, quod contractus ex partium conventionem, etiam contra illorum naturam, legem accipiant. *l. 1. §. si convenit. 6. ff. de positi. l. in conventionalibus. 52. ff. de verb. oblig. l. contractus. 23. §. 1. semper in stipulationib. 34. ff. de regul. jur. l. 1. vers. in quo cuncta, &c. Cod. de jure emphyteut.*
 322 Assertioni nostræ non refragatur *l. si quando. 35. in princ. C. de inoffic. testament. ex qua evinci posse videtur, quod dominus, qui alienandi facultatem emphyteutæ fecit, intelligatur hoc jus emphyteutæ tribuisse, ut alienare possit rem emphyteuticam, observatis solennitatibus in alienatione ejusmodi necessariis.* Requisitionem autem & consensum domini in alienatione rei emphyteuticæ esse necessarium, liquido constat *ex dict. l. 3. C. de jur. emphyteut.* Non, inquam, lex ista refragatur. Nam certum est, Imp. Justinianum in specie illius legis alicui (*puta libertino, ut ibi Gothofredus notat*) quoad bona duntaxat, non verò quoad formam & solennitatem, liberam testandi facultatem concedere voluisse. Et quamvis verba concessionis, per se considerata, etiam solennitatis remissionem importare viderentur: mens tamen Imperatoris minimè fuit, de consuetis ac solennibus testamenti formulis per ejusmodi verba aliquid derogari: cum non credendum sit, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum, multis vigiliis excogitatum atque inventam, velle everti, *ut ipsemet Justinianus ibid. loquitur.*
 323 Nihil item resistit *l. quæro. 54. §. inter locatorem. ff. de locati. ubi pactum super contractu locationis appositum de non expellendo conductore, in dubio intelligitur secundum naturam contractus, tametsi nihil operetur: ut scilicet ille non expellatur, si pensionem promissam solverit.* Etenim in specie hujus legis verba locatoris non fuerunt expressa, quod eo etiam casu, quo conductor in pensionibus solvendis cessaret, expellendus non esset: sed simpliciter tantum de illo non expellendo conventio interposita fuit. Quæ quidem conventio cum specialiter in casum pensionis non solutæ facta non fuerit: juxta naturam contractus accipienda est; ut videlicet conductor expelli non debeat, si modo pensionem solverit, & reliqua, quæ sunt de natura hujus contractus, præstiterit. In proposito autem themate verba concessionis non ambigua, sed satis manifesta sunt, suæque significatione hoc important; quod emphyteuta, citra domini consensum & licentiam, alienare jus emphyteuticum queat, in quemcunque voluerit. Ex quibus utique verbis, ab initio contractui emphyteutico adjectis, evidentissimè apparet: ipsum dominum emere non velle, sed aliis vendendi liberam potestatem concedere. Qui concedentis sensus cum planus sit ac perspicuus: juris ratio non patitur, ut verba concessionis, per se satis clara & lucida, in hunc restringamus modum, quasi emphyteutæ sub hac demum conditione, si domino prius denunciationem fecerit, alienare liceat. At quid enim isthac denunciatione opus esset: cum disertis verbis in ipso contractu emphyteutico dominus declaraverit, rem emphyteuticam

se emere nolle, propterea liberam facultatem vendendi, cuicumque voluerit, emphyteutæ concesserit? Refutatis igitur contrariis argumentis, ex communi Doctorum sententia merito concluditur: emphyteutam, cui ab initio contractus emphyteutici alienandi & vendendi facultas, cuicumque voluerit, tributa fuit, nulla præcedente denunciatione, dominique consensu non requisito, jus emphyteuticum alienare & distrahere posse. *Atque ita docent Salicetus in d. l. 3. num. 2. C. de jur. emphyteut. Baldus ibidem num. 3. & Iason num. 4. §. 5. Imol. in cap. potuit. 4. extr. de locato. num. 64. Ruin. consil. 81. num. 6. §. 7. vol. 1. Iacob de sancto Georg. de feud. in verb. ita quod etiam vasalli, &c. num. 1. Marc. Mant. in tract. de jure protomis. num. 19. & plures alii, quos recenset & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 14. ampliat. 2. num. 5. & aliquot seqq.*

Quæstio hinc pulchra examinanda occurrit: utrum heres emphyteutæ, cui dominus ab initio contractus emphyteutici licentiam alienandi dedit, ex eadem licentia antecessori data, emphyteusin absque præfata denunciatione vendere possit? Et licet sint nonnulli Interpretes, qui censent, facultatem alienandi emphyteusin emphyteutæ concessam, ad heredem ipsius non transire, *ut latè concludit infendo Marian. Freccia de subfeud. Baron. lib. 2. quæst. 5. & alii, quos ipse allegat.* attamen contrariam, utpote veriore & receptiore sententiam, probarunt, *Andr. de Ifern. Math. de Afflict. & alii in c. Imperialem de prohibet. feud. alienat. per Fridericum tit. 55. lib. 2. feud. item Capic. decis. 121. num. 11. & Bocerus d. class. 2. Disput. 14. thes. 65. ad lit. b. per textum in l. si c. 8. §. si debitori. 16. ff. quibus modis pig. vel hypothec. solvit. ubi concessio de alienando pignore debitori per creditorem facta, porrigitur etiam ad heredem debitoris, ut pignus alienare possit.*

Non obsistit *l. Lucius. 93. in princip. ff. de legat. 3. ex 325* qua colligitur, si testator prohibeat Titium alienare fundum, heredem Titii alienare posse: cum prohibitio censeatur esse personalis. Ergo ex adverso quando dominus emphyteutæ permittit emphyteusin vendere: videtur hanc vendendi facultatem ad personam emphyteutæ restringere, non autem ejus quoque heredi largiri voluisse. Non obsistit, inquam, lex illa. Quod enim in ea heres filiarum (non obstante testatoris prohibitione, de non alienando facta) alienare potest: non fit ea ratione, quasi illa prohibitio personalis esset, nec ad heredem filiarum transiret: sed quod præceptum de non alienando, tanquam nudum & sine ratione interpositum, nullius momenti fuerit, *per textum ibi, cum hoc nudum præceptum est & l. pater. 38. §. Iulius. 4. ibi, cum hoc nudum præceptum est. ff. eod. tit. de legat. 3.* Quare cum illud præceptum, ceu nullum & invalidum, filiam non obstrinxerit: consequens est, nec ad heredem quidem filiarum transivisse. Aliter foret respondendum: si testatoris præceptum cum ratione factum, adeoque validum fuisset. Tunc etenim haud dubiè illud etiam ad heredem prohibiti transivisset.

Pariter nihil movet *l. cum quis sibi. 55. ff. de verbor. obligat. ubi cum expressum sit, si creditor debitori concedit facultatem solvendi Titio; non possit debitorem successoribus & heredibus Titii pecuniam creditori debitam solvere: inde dicendum videtur, facultatem vendendi certæ personæ nominatim tributam, ad heredem ejus neutiquam devolvi.* Ideò namque heredi Titii, solutionis causa adjecti, solvi non potest: quia Titio, solutionis causa adjecto, nec stipulatio, nec ex stipulatione jus ullum acquiritur: ut proinde nihil sit in eo, quod ad heredem transferat: argumento est, quod Titius solutionis causa adjectus, neque quod in stipulatum deductum est, petere, *l. quod stipulatus. 10. ff. de solutionib. neque fideiussorem accipere, l. fideiussor obligari. 16. ff. de fideiussorib. neque promissorem ullo suo facto liberare potest, dict. l. 10. ff. de solutionibus.* Cæterum in proposito specie emphyteutæ, cui facultas alienandi per pactum investituræ concessa fuit, jus aliquod est quæsitum: quod quidem jus omne emphyteutam in heredem suum transferre, non dubitatur. *l. heredem. 59. & l. hereditas. 62. ff. de*

de reg. jur. Videatur Corbulus d. tract. de jur. emphyt. c. 14. ampliat. II. ubi utramque in partem plura cumulat.

- 327 In quaestionem & illud potest vocari: utrum dominus, qui alienandi facultatem permittit emphyteutæ, ante alienationem emphyteutæ factam, & sic rebus omnibus adhuc integris, pœnitere, & consensum sive permissionem suam revocare possit: Et indubitatè statuendum est: si dominus paciscendo vel contrahendo emphyteutæ facultatem alienandi concesserit: hujusmodi concessionem, pacto seu conventionem factam, nullo modo revocari posse,
- 328 per l. 1. C. de jure emphyt. ubi dicitur, quod pactiones emphyteuticæ firmæ illibataeque stabilitate perpetua modis omnibus custodiri debeant. Et facit l. 3. Cod. eod. tit. ubi haud obscure sancitur, pactum de alienatione juris emphyteutici interpositum, esse observandum. At si non paciscendo, sed simplici permisso dominus in hoc consentiat, ut jus suum emphyteuta alienare queat: hoc casu probabilius videtur, quod domino, ante alienationem factam etiam invito emphyteuta, permillum sive consensum suum revocare liceat: idque arg. l. sicut. 8.
- 329 §. si voluntate. 6. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. sol. ubi responsum est; creditorem, qui debitori vendere pignus permisit, desiderare posse, ut fundus sibi applicetur, si nondum venierit; nec satis esse ad repellendum creditorem, quod debitor vendere voluerit, si venditio secuta non est. Cum ergo creditor, post alienandi facultatem debitori permissam; avocare pignus, alienatione nondum secuta, possit: intelligere promptum est, creditorem consentiendo, ut pignus distrahatur, non obligari in hoc, ut pignus vendi patiatur: aliquin etiam ante venditionem interpositam jus avocandi pignus à debitore non haberet, sed pacti exceptione repelli posset. Cum igitur in d. §. si voluntate. Marcianus sine ulla hæsitatio- ne statuatur, si pignus nondum venierit, creditorem, ut sibi id applicetur, petere posse: satis ostendit Jurisconsultus, ex simplici creditoris permisso nullam actionem vel exceptionem debitori quaesitam fuisse. Proinde concludendum est: si dominus permisit emphyteutæ vel vasallo, emphyteusum seu feudum distrahere: consensum hunc à domino, ante venditionem interpositam, & rebus
- 330 adhuc integris, revocari posse. Eandem conclusionem non parum corroborat. l. quis saxum 6. ff. de donationibus. cujus hæc verba sunt: Quis saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa: statim, cum lapis exemptus est, meus fit: neque prohibendo me evêhere, efficit, ut meus esse desinat: quia quodammodo traditione meus factus est. Planè si mercenarius meus exemit, mihi exemit. Sed si is, qui à me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer eum sibi jure eximere: si; antequam eximat, me pœnituerit: meus lapis durat, &c. Ex qua lege hæc doctrina extruitur: quod simplex permillum pactum non inducat: & eapropter, rebus adhuc integris, revocari valeat.
- 331 Nec obstat, quod consensum demum obligationem non inducat, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrari potuit. l. Lucius 21. ff. de administrat. & peric. tutor. secus verò sit, quando quis consentit actui, qui absque voluntate ejus celebrati non potuit: tunc enim consensus obligationem inducat. Nam quòd eo etiam casu, ubi quis consentit actui, qui absque voluntate ejus explicari non potuit, ex simplici permisso non inducatur obligatio, probat d. l. sicut. 8. §. si voluntate. 6. ff. quibus mod. pig. vel hypothec. sol. & d. l. quis saxum. 6. ff. de donationibus. In utraque enim lege consensus super actu, qui non potuit sine voluntate consentientis expediri, fuit interpositus: & tamen nullam obligationem ex tali consensu fuisse natam, constat.
- 332 Sic quoque non obest, quod objicitur, ex istiusmodi simplici permisso pactum nudum induci, argum. l. 1. in princ. ff. de pact. & in pacto nudo, cum sit contractus innominatus, non correlative, juxta gloss. singularem, in l. 1. in pr. super verb. figuris, ad finem. ff. de obligat. & act.
- 333 rebus etiam omnibus adhuc integris, pœnitentiæ locum non esse, Iason in l. si pecuniam. §. in princip. limitat. 9.
- 334 ff. de condict. causa data, &c. Quoniam respondetur, verius esse, ex simplici permisso & consensu pactum non

oriri: cum pactum sit consensus, animo obligationis contrahendæ interpositus, arg. d. l. 1. §. ff. de pactis. Atqui dominus permittendo jus emphyteuticum distrahi, animum obligandi non habet. d. l. sicut. 8. §. si voluntate. ff. quib. mod. pig. vel hypothec. Haud enim omnis consensus animo obligandi fit: & ideo etiam non omnis consensus obligationem inducit, arg. l. fin. ff. de obligat. & act. Verum vide Ludolphum Schraderum, hanc quaestionem aliter tractantem, in tract. feud. part. 8. cap. 4. num. 6. & seq.

Est & illa elegans quaestio: si Prælatus vendendi seu alienandi licentiam & potestatem emphyteutæ concessit: 335 utrum isthæc licentia morte Prælati expiret, vel potius etiam post obitum Prælati emphyteusis ecclesiastica, vigore illius licentiæ, alienari possit? Et licentiam vendendi, mortuo ipso Prælato, qui eam concessit, censi extingui, non sine ratione quispiam affirmaverit. Etenim licentia alienandi emphyteusum, vel disponendi de ea in ultima voluntate, nullum jus in re tribuit: sed solummodo impedimentum, quod alienationi obstabat, tollit: ita ut liceat, quod antè non licebat; nempe ut emphyteuta, qui sine consensu domini jus suum in alium transferre nequibat, transferendi nunc potestatem habeat. Panor- mistan. in cap. cum ad hoc 16. colum. fin. extr. de clericis non residentib. Cardinal. in clement. fin. de elect. quest. 5. Bald. in l. si ut proponis. 4. C. de servo pignori dato manumisso. Hæcque opinio confirmari poterit ex t. 3. lib. 1. & t. 35. lib. 2. feudor. ubi constitutum est; si Archiepiscopus, Episcopus, Abbas, vel Prælatus investituram ejus feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, ut post obitum ejus, qui possidet, habeat: & antè decesserit Episcopus, quam ille, qui feudum possidebat: 336 successores ejus non cogi, eam investituram facere, vel confirmare. Cujus rei hæc est ratio: quia Episcopi & Præfules Ecclesiarum, rerum duntaxat præsentium, non etiam post mortem suam gerendarum, habet administrationem, arg. c. 2. extr. de donationibus. & can. ult. caus. 12. q. 1. Non igitur, falcem veluti in messem aliam immit- tentes, successoribus suis præjudicium irrogare poterunt: præsertim cum illi, qui in ipsorum loca substituuntur, non jure successionis; sed vel postulationis, vel electionis, sicque novo titulo, novoque jure ad istam dignitatem sive officium evehantur. c. ad decorem. §. extr. de institutionibus. c. 2. de concessione præbende. Ioan. de Anania in c. fin. col. 6. in fin. ubi & alii Canonistæ extr. Ne prælati vices suas vel Eccles. sub annuo censu concedant. Itaque non mirum est, quod illi Antecessorum suorum, utpote à quibus nullam habent causam, factum præstare non teneantur. Bald. & Iason. in l. 1. ff. de constitutionibus. princip. Et ita in nostris terminis respondit Hier. Gabriel. conf. 83. per tot. quem refert. & amplectitur Aurel. Corbulus in tract. de jure emphyt. c. 14. ampliat. 6. n. 6.

Posteaquam de venditione diximus: nunc de donatio- 337 ne; & aliis alienationis speciebus breviter videbimus. Ardua autem, mirumque in modum exagitata quaestio est: Num emphyteuta, domino non consentiente, jus suum emphyteuticum donare queat? Et emphyteutam jus suum nullo modo sine domini consensu donando transferre posse (post Irnerium, antiq. glossatorem, & Bart.) docuerunt Franc. Sarmient. l. 3. select. interpr. c. 2. n. 3. cum seqq. Fachineus lib. 3. controuv. jur. c. 97. & recenter Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 12. p. 1145. & seqq. Contrarium verò communiter responderunt, Accurs. in l. fin. in verb. aliis vendere. C. de jur. emphyteut. ibique Iason. n. 54. & seqq. & Corasius n. 9. Iulius Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteosis. q. 15. Corbulus dict. tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. limitat. 13. & ferè infiniti, ab his allegati. Quibus novissime assentiuntur Ioannes Borcholt. de feud. cap. 3. num. 42. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civil. cap. 14. ibiq. Hilliger. in suis not. ad lit. G. Andr. Gerhardi decad. 15. quest. 5. Bronchorst. cent. 1. ἐναρτιστικῶν assert. 80. edit. 2. Arumens Exercit. Iustin. 14. D. Obrecht. Disp. 36. de jur. emphyt. thes. 106. & seqq. D. Bocser. class. 2. Disp. 14. thes. 67. lit. a. ed. 2. D. Besold. in prælect. t. ff. si ager. vectig. pet. q. 3. itemque in delibat. jur. ex lib. 6. Pandect. t. 3. n. 9. p. 506.

cum seq. *Matthias Stephani cent. 3. q. 83. ad lit. a. Philip-
pus Adolph. à Mönchhausen in suis disceptationib. q. 7. Petr.
Surd. decis. 93. num. 1. & seq. Riemer. decad. 11. quest.
illustr. 4. Frantzkius in tract. de laudemus. cap. 9. num. 68.
cum seqq. pag. 197. cum seqq. Knipschildt. d. exercitat.
Acad. 9. quest. 8. p. 331. cum seqq. & alii. Quorum sen-
tentiam, tanquam vetiorem, & ego amplector, per l. 1.
C. de fundis patrimonialibus. ubi Constantinus Imp. re-
scripsit; quod emphyteuta fisci sive Reipubl. jus suum
citra iudicis voluntatem salvo canone alteri donare pos-
sit. Idem ergo & in privata emphyteusi statuendum.*

338 Deinde certum est: emphyteutam, inconsulto domino,
prædium emphyteuticum, vel jus sibi competens, alteri
legare posse. l. si domus. 71. §. ultim. ff. de legat. l. in con-
ventionib. 219. ff. de verb. signific. Legatum autem do-
nationem esse, non ambigitur. §. 1. supr. de legatis. l. le-
gatum 36. ff. de legat. 2. Et licet Hunnius loco supra no-
tato ad hæc fundamenta respondeat, ea planè huc imper-
tinenter allegari, propterea quod non de jure emphy-
teutico, de quo hic controversitur, sed de re saltem em-
phyteutica loquantur: attamen si quispiam peritus ea-
dem fundamenta nostra introspexerit; faciliè depre-
hendet, in iis non tam rei emphyteuticæ, sive fundi ve-
ctigalis, quam ipsius juris emphyteutici disertam men-
tionem fieri: ut mirum sit, Dn. Hunnium, aliàs satis ocu-
letum, hoc non vidisse, adeoque contrarium astruere
339 non erubuisse. Ratio porro differentie, cur emphyteu-
ta permissa sit donatio, in scio seu inconsulto domino,
venditio non item, hæc est: quia in venditione idcirco do-
minus de consensu interpellatur: ut, si velit, eodem pre-
cio emere possit. l. 3. C. de jur. emphyteut. Ast hæc ra-
tio in donatione non obtinet: quoniam donatio gratui-
ta est; & benevoli erga bene merentem affectus decla-
ratio, quem non æquè aut saltem per injuriam, erga se,
ut erga bene meritum, declarari dominus petit: cum i-
stius affectionis certæ causæ sint, nec domino cum dona-
tario communes, arg. l. nec adjecit. 9. ff. pro socio. Do-
nell. Arumans; Corbulus, & alii locis supra designatis.

340 Non turbat nostram assertionem d. l. 3. vers. minimè
licere, &c. C. de jur. emphyteut. ubi disertè negatur, jus
emphyteuticum absque consensu domini per emphyteu-
tam transferri posse. Ita enim Justinianus loquitur: Mi-
nimè licet emphyteuta sine consensu domini meliorationes
suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre. Il-
lud verbum, transferre, etiam donationem includit:
cum per eam procul dubio jus emphyteuticum in dona-
tarium transferatur. Non, inquam, versiculus ille no-
stram assertionem turbat. Nam ex subsequentibus statim
Justiniani verbis apparet, ad translationem fundi vel ju-
ris emphyteutici consensum domini non simpliciter &
præcisè, sed hætenus desiderari, quod emphyteuta do-
mino futuram mutationem, per venditionis titulum fa-
ctam, ritè denunciare debeat; ut ipse dominus eodem
precio meliorationes & jus emphyteuticum emere valeat.
At nos in quæstione proposita non de venditione & pre-
cio, cujus lex ista tantum meminit, sed gratuito donatio-
nis titulo agimus. Idemq; docuimus in addit. ad Iul. Clar.
§. emphyteusis quæst. 15. n. 4.

341 Nihil movet trita juris regula, qua dicitur: eidem ven-
dendi juse esse, cui donandi. l. cuius 163. ff. de reg. jur.
Ideoq; sicut emphyteuta inconsulto domino donare pot-
est: ita etiam eundem vendere posse dicendum videbatur.
Nihil, dico, hæc movet regula: quia neutiquam procé-
dit, si donandi & vendendi diversa appareat ratio, ut hic.

342 Sic & decurio licet prædia sua sine decreto iudicis vende-
re vetetur: ea tamen donare non prohibetur. l. ult. C.

343 de prædiis decurionum sine decr. non alienand. Facilius
quippe homines inducuntur ad vendendum, quam do-
nandum, propter commoditatem precii. Hancque i-
psam ob causam Senatusconsultum Vellejanum obligatæ
mulieri succurrit, non donanti, l. sed si ego. 4. §. fin. ff.
ad SC. Vellejan. quia mulier non facile donat, & mulie-
rum genus est avarum, auctore Cicerone. lib. 1. de in-

344 vent. & avarissimum, tradente Accursio in l. Nescimus.
34. in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in dict. l. 4.
in gloss. §. 1. ff. ad SC. Vellejan. imò vice miraculi est, cum

mulier donat, pronunciant Baldo, quam refert Tiraquel-
lus in legibus connubialib. leg. 9. gloss. 1. part. 9. num. 43. &
seq. ubi hæc de re prolixè agit.

Nostram quoque non infringit sententiam l. univer-345
sas. 2. Cod. ne rei dominica vel templorum vindicatio,
&c. ex qua patet, quod Ecclesiæ vel Reipublicæ bona
emphyteutica nullo titulo oneroso, vel lucrativo alienari
possint. Quandoquidem emphyteutæ jus suum, quod in
prædio emphyteutico habet, libere donare licet: modò
citra fraudem, & cum hac protestatione donet: quod ve-
lit jus Ecclesiæ Reivēpublicæ nihilominus per istum dona-
tionis actum, salvum atque intemeratum esse, prædicta
l. 1. C. de fundis patrimonialib. Baldus in d. l. fin. C. de jur.
emphyt.

Eandem præterea traditionem non debilitat; quod ob-346
jicitur; invito creditori alium debitorem obtrudi sive sub-
stitui non posse. l. si mandatu. 45. §. 2. ibi, aut si nolit
creditor obligationem mutare. ff. mandati. l. si actor. 29. ff.
de procuratorib. l. in vendentis. 13. C. de contrah. empt. l.
pacto successorum. 26. C. de pactis. cum similib. Cum e-
nim fundi vectigalis sive emphyteutici hæc sit conditio
& natura, ut in alium transferri possit per emphyteutam:
consequens est; dominum, qui fundum vectigalem alii
concedit, secundum naturam & conditionem fundi ve-
ctigalis dedisse, atque adeo etiam in hoc consensisse, ut
fundus ille donando transferri, eaque translatione alius
emphyteuta in locum prioris substitui possit. Contrahen-347
tes etenim præsumuntur contraxisse secundum subjectam
materiam, arg. l. insulam. 6. ff. de præscript. verb. &
l. quæro 54. ff. locati. & naturam rei, in conventionem
deductæ, l. si stipulatus. 4. ff. de usuris. l. damni. 43. ibi,
& quod in stipulatione est. ff. de damno infecto ibiq; Do-
ctores. Sed & ipse dominus in dubio censetur accommo-
dasse voluntatem suam ad id, quod jus disponit, arg. l. si
cui. 9. ff. de servit. & l. quando m. 62. in princip. ff. de ri-
tu nuptiar. Proinde rectè asseritur; emphyteutam, do-348

mino etiam non consentiente, jus emphyteuticum do-
nationis titulo in alium transferre posse. Ne verò hac ra-
tione dominus possit ludificari, aut jure suo omnino pri-
vari, cui contra donatarium seu novum emphyteutam
nulla competit actio personalis, utpote cum quo non
contraxit: debet donatarius (qui rei possessionem ne-
quit auctoritate propria ingredi; sed ab ipso domino in-
troducendus est) requirere dominum, ut se investiat, &
in rei emphyteuticæ possessionem mittat. Sicque domino
contra novum emphyteutam satis ex nova conventionem
prospectum erit: debetque donatarius, idemque novus
emphyteuta, in præmium investituræ, domino quinquage-
simam partem æstimationis rei emphyteuticæ, laudemii
loco, persolvere, d. l. fin. & ibi Coras. n. 9. C. de jure emphyt.
Bronchorst. d. cent. 1. assert. §. 1. edit. 1. Vide tamen hac
de re Donellum d. lib. 9. Commentar. cap. 14. pag. 449.
& seqq. Bocer. d. class. 2. di. putat. 14. thes. 68. & D. Ob-
rech. d. disputat. 36. thes. 194. & seqq. Qui Auctores 349
non male tradunt: ipsum veterem emphyteutam à domi-
no testato desiderare debere, ut is novum emphyteutam
suscipiat, eumque in possessionem fundi emphyteutici
inducat. Hoc facto, ad duos menses emphyteuta ve-
tus domini voluntatem expectare; & si ipse novum em-
phyteutam admittit, quinquagesimam (ut modo dictum)
partem æstimationis fundi vectigalis ei præstare debet.
At duobus mensibus exactis, si dominus voluntatem
suam non aperuit, liberum est emphyteutæ, jus suum in
alterum transferre; nec eo nomine quicquam domino
præstare tenetur, d. l. fin. de jure emphyteut. Corbulus
in tractat. de jur. emphyt. c. 14. limitat. §.

Similis, nec minus investigatu necessaria quæstio se of-350
fert: an emphyteuta prædium emphyteuticum absque
domini consensu oppignorare possit? Et non posse defen-
dere annititur Sarmientus, d. l. 3. select. interp. c. 2. n. 32. ubi
audacter dicit, eandem denunciationem, quæ in vendi-
tione requiritur, requiri etiam in pignoris constitutione.
Sicut enim (inquit) in venditione potest dominus offerre
precium: ita etiam quando res pignorat, potest domi-
nus mutare pecuniam, sub qua pignorat. Nam si ad-
mitteretur pignoratio sine domini consensu, nulla ei fa-
cta

- ita denunciatione: necessario etiam permetteretur venditio, per textum in *l. si pupillorum*. 7. §. si pupillus. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutela, &c. Hæc Sarmienti nova opinio utcumq; plausibilis videtur: eam tamen à veritatis tramite longè lateque aberrare exploratum est, per textum notabilem in *l. lex vectigali*. 31. ff. de pignoribus. & hypothec.
- 352 ubi proponitur, fundum vectigalem sive emphyteuticarium ab emphyteuta oppignoratum fuisse: & quaeritur, an rectè pignori datus esset? Respondit Scævola: si pecunia intercessit, pignus subsistere. In hac autem lege, domino non consentiente, nec requisito, fundum emphyteuticum obligatum fuisse, ex eo manifestum evadit. Tum quod in illa nulla prorsus sit mentio consensus domini: sed potius ex adverso ostenditur, solum possessorem fundi vectigalis contractum pignoratitium cum creditore celebrasse. Tum quod in ea lege à Scævola J.C. in dubium vocatur: utrum pignus subsistat: ex quo facile cernitur, nullam domini requisitionem præcessisse. Si enim domini requisitio sive voluntas intervenisset: temere & frustra Jurisconsultus dubitasset, an fundi vectigalis hypothecatio jure valerét. Tum denique, quod eadem in lege subjicitur, si debitor emphyteuta, vel creditor secundum legem contractus emphyteutici canonem non solverit, potiorum esse dominum in fundo vectigali ipso creditore, cui fundus obligatus sive pignoratus fuerat. Ex quo rursus inferitur: dominum in hypothecationem fundi vectigalis minimè consensisse. Alloquin enim non ipse, sed creditor ratione pignoris, consensu domini constituti, potior esset.
- 353 Huic decisioni non obstat vulgata regula, qua astruitur; quod prohibito uno, omnia simul, quibus ad id pervenitur, prohibita esse intelligantur, *l. oratio*. 16. ff. de sponsalib. Venditio autem juris emphyteutici, domino non requisito, prohibita sit. Ergo etiam pignoratio per quam ad venditionem pervenitur, interdicta censetur. Non, inquam, ista regula obstat. Venditio namque fundi emphyteutici non simpliciter, sed hætenus prohibita est, ut illum emphyteuta non possit domino (qui requisitus precium offerre mavult) non consentiente distrahere. Cæterum si dominus, post denunciationem sibi factam, precium intra tempus legitimum offerre tergiverfatur: eo etiam invito, venditio perfici potest. *l. 3. C. de jure emphyteut.* Sed & per pignorationem, emphyteutæ concessam, non pervenitur ad venditionem, eidem interdictam. Neque enim, pignoratione fundi emphyteutici interposita, creditori licet fundum hypothecatum vendere; domino, qui requisitus precium offerre paratus est, consensum suum non accommodante, *d. l. 3. C. de jure emphyt.* Atque hac responsione satisfieri etiam potest dissentientis Sarmienti fundamento, quod extruxit ex *d. l. si pupillorum*. 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c. Affirmamus siquidem, pignoratione concessa, haudquam permitti creditori, domino contradicente, fundum emphyteuticum hypothecæ suppositum distrahere. Nam licet minime negetur, creditorem istum fundum vendere posse: hæc tamen venditio secundum conditionem ac naturam rei emphyteuticæ instituenda; adeoque, domino prius requisito, peragenda erit. *d. l. 3. C. de jure emphyt.* Nec contrarium ex *d. l. si pupillorum*. 7. §. 1. ff. de reb. eorum, qui sub tutela, &c. colligitur. Quoniam ibi decretum Prætoris, in venditione rei pupillaris, pignori suppositæ, ideo non desideratur: quod decretum illud in contractu pignoris legitime interpositum fuerat. Sufficit enim, decretum semel in actu intervenire, sive interponi: nec postea in executione ipsius actus necessario requiritur, arg. *l. quæro*. 60. §. 1. vers. sed ut expediatur questio. ff. de jure dot.
- 356 Amplius sententiæ nostræ nihil detrahit *l. final. C. de reb. alienis non alienand.* ubi alienatione prohibita, censetur etiam pignoris datio interdicta esse. Quia ea de specie illic tractatur, in qua alienatio simpliciter prohibita fuit: qua prohibitione facta, utique etiam pignoris datio inhibita esse intelligitur. At verò fundi emphyteutici venditio non simpliciter (ut paulo antè dictum) sed hætenus emphyteutæ est interdicta, ut illum nequeat, domino, si modò ipse precium offerre velit, non con-

sentiente distrahere, sæpè allegata *l. 3. C. de jure emphyt.* Atque hæc, quam defendimus, receptissima est & communissima Interpretum sententia; Accursii in *d. l. 3. in verb. aliis vendere*. C. de jure emphyt. Iasonis ibidem n. 78. & Saliceti num. 6. Grati consil. 54. num. 5. vol. 1. Boeris decis. 181. num. 2. Iohannis Croti in *l. si constante*. 24. n. 94. ff. solut. matrim. Soarez. in thes. recept. opin. in verb. emphyteuta num. 105. Iulii Clari lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 18. Antonii de Gammia decis. Lusitan. 28. fol. 30. item decis. 108. fol. 87. Iohannis Borcholten. de feudis. c. 3. num. 42. circa finem. Aurelii Corbuli in tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 33. & aliorum; quos hic prolixè commemorat.

Huic proxima; nec minus controversa questio est: 357 utrum emphyteuta sine consensu domini, rem emphyteuticam titulo permutationis in alium transferre possit? Et negativè respondere videtur Speculator in tit. de emphyteusi. q. 121. num. 147. Angel. in *l. cum hi*. 8. §. si cui non 24. ff. de transact. & Sarmientus lib. 3. select. interpret. c. 2. n. 20. Verum contrariam affirmantem sententiam, post multos alios, tuentur Iason in *l. fin.* num. 101. C. de jure emphyt. Clarus in *d. §. emphyteusis. quest.* 17. Tiber. Decian. respons. 55. num. 61. vol. 3. Tiraquell. de retrahet. lignag. §. 30. gl. 1. num. 34. Guid. Pap. decis. 92. Hieron. Gabriel. consil. 84. num. 3. & Corbulus d. tract. de jure emphyteut. cap. 14. limitat. 12. Ejusque ratio ferè eadem est, quæ est in donatione, quam inscio & inconsulto domino fieri posse ostendimus supra num. 337. Plerumque enim 358 permutat emphyteuta propter affectionem; quam habet ad rem; quam ex permutatione consequi intendit, ob vicinitatem fortè, vel commoditatem; aliàs non permutaturus, si non posset illam rem assequi. Non igitur citra injuriam emphyteutæ, aliam rem offerendo, permutationem hanc dominus impedire conabitur. Et sane dominus vix idem præstare potest, quod offert is, cum quo permutatio instituitur. Aut enim non habet easdem res, aut non eodem loco sitas; aut non tam commodas emphyteutæ, quam alter habet. Dn. Obrecht. d. disput. 36. thes. 191.

Nec adversatur *l. sciendum*. 19. §. deinde. §. ff. de edil. 359 edit. l. final. ff. quib. ex caus. in possess. eat. & l. statuliberi. 29. ante finem. ff. de statuliberis. in quibus legibus dicitur, permutationem esse similem venditioni; verboque emptionis omnem alienationem contineri. Cum itaque venditio fundi emphyteutici prohibita sit: efficitur inde, permutationem etiam ejus censi interdictam. Hoc, inquam, non adversatur: quandoquidem permutatio venditioni similis est, & verbo emptionis comprehenditur; non utique ratione proprietatis vocabuli, sed ratione mentis & voluntatis, eo scilicet casu, in quo eadem militat permutationis & emptionis ratio. Ast in proposita questione longè diversam rationem inter emptionem & permutationem esse, superius ostensum est. Et certè utriusque diversitas vel inde constat; quod permutatio rebus, venditio precio fieri dicitur. *l. 1. ff. de rer. permutat.*

Vicina quoque questio hæc est; nunquid emphyteu- 360 ta absque domini consensu prædium emphyteuticum alicui fœminæ in dotem dare queat? Affirmativæ opinioni plerique Dd. subscripserunt: Salicetus num. 10. & Iason num. 107. in *d. l. fin.* C. de jure emphyteut. Speculator d. tit. de emphyteusi. quest. 109. num. 133. Imola in c. potuit. de locato. num. 17. Bertrand. consil. 180. vol. 2. Hostiens. in summa tit. de locat. §. fin. vers. nunquid ergo res emphyteutica potest in dotem dari, &c. Tiraquell. de retr. lign. §. 1. gl. 14. n. 95. Corbulus d. tract. d. jure emphyt. cap. 14. limitat. 20. alique complures, per eos citati. Et ratio hujus (quemadmodum & præcedentium alienationis specierum) hæc assignari potest: quia denunciatio & expectatio consensus domini in eum finem à lege desideratur, cum emphyteuta vult vendere jus emphyteuticum, vel meliorationes suas, ut potestas fiat domino eodem precio emendi, si velit. *d. l. fin. vers. sed ne hac occasione.* C. de jure emphyt. Sed huic fini ut locus non est in donatione, legato, oppignorazione, & permutatione, de quibus supra. num. 337. 338. 350. & 357. ita nec in dotis datione

362 tione. Proindeque in his alienationibus omnibus domini consensum exigere non debemus. Accedit & illud, quod antiquitus emphyteuta quovis modo alienari libere impuneque poterat, & in alium transferre jus suum, ut arguitur textus in hoc §. nostro. *vers. ut ecce. &c. & l. 1. in princip. ff. si ager vectigal. l. tutor. 16. §. ult. ff. de pign. r. act. & l. si domus. 71. §. fin. ff. de legat. 1.* Sed hæc libera alienandi potestas illi in venditione solummodo, Justiniani constitutione novâ adempta est, in cæteris negociis non item. Itaque cæteræ alienationes ei liberæ relictæ censentur. Quicquid enim nova lege specialiter non est expressum: id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debet, *l. precipimus. 32. in fine. Cod. de appellationib. Dn. Boer. class. 2. disput. 14. thes. 67. sub. lit. a. edit. 2.*

364 At difficilior videtur quæstio: ecquid emphyteuta fundum vectigalem æstimatum, domino non consentiente, alicui in dotem dare possit? Et minimè posse, interpretes numero non pauci concludunt, *Speculator d. tit. de emphyteusi, q. 110. num. 134. Imol. in d. c. potuit. n. 17. de locat. Salicet. n. 16. & Iason. num. 108. in d. l. fin. C. de jur. emphyteut. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 21. Decius consil. 160. col. 2. Guido Pap. decis. 48. num. 2. & alii, quos congestit Corbulus prædicto cap. 14. ampliatur. 32.* Atque hanc conclusionem veritati omnino esse congruam, existimo. Etenim ex supra dictis patescit; venditionem fundi emphyteutici impediri posse per dominum hac ratione, ut ipsemet precium offerat, fundumq; emphyteuticum, si velit, emat. *d. l. fin. C. de jur.*

365 *Emphyteut.* Jam autem datio rei æstimatæ in dotem, species venditionis reputatur: atque ita in dubio res æstimata in dotem marito data, ei vendita intelligitur. *l. cum fundus. 3. ff. locati. l. plerumque, 10. §. si ante 4. & l. cum post. 69. §. cum res. 7. ibique Gothofred. ff. de jur. dot. l. quotiens. 5. ibique Bald. C. cod. t.* Quocirca rectè præfatis Doctoribus placuit; fundum vectigalem æstimatum, domino invito & dissentiente, in dotem dari non posse: sed domino facultatem competere offerendi precium, in quo dos consistat, translato utili dominio in ipsum potius, 366 precium offerentem, quam in maritum. Et quamvis ab hac opinione, quæ communem nacta est applausum, recedat Molinæus in consuetudinib. Parisiens. tit. 2. §. 56. gloss. 1. num. 36. ob hanc maximè rationem; quod æstimatione in dubio venditionem non faciat sive inducat, arg. *l. æstimationis. 50. ff. solut. matrim.* ubi maritus, cui res æstimatæ in dotem datæ fuerunt, easdem res adhuc extantes, soluto matrimonio restituere tenetur; adeoque per æstimationem rerum dotalium venditio non contracta videtur: attamen cum supra ex *l. quotiens. 5. C. de jure dot. & similibus* ostensum sit per æstimationem rerum dotalium regulariter venditionem contractam censeretur: non est, quod isthac Molinæi objectione moveamur.

367 Nam ad præcipuum ipsius fundamentum, puta *d. l. æstimationis. 50. ff. solut. matrim.* quod attinet: maritus in ejus legis specie res ipsas æstimatas, in dotem dotas, matrimonio dissoluto, idcirco tenetur restituere: quod ex verbis pacifcentium liquido constabat, illud actum fuisse, ut ipsæmet res perempto matrimonio redderentur. Et quidem contrahentium verbis & illud apparebat, æstimationem non eo animo, ut contraheretur venditio, sed alio consilio interpositam fuisse. Et si enim, ut dictum, rerum dotalium æstimatione regulariter venditionem constituit: tamen etiam alio fine, alioque consilio talem æstimationem per maritum & uxorem interponi posse, non dubium est, *l. si inter virum 21. C. de jure dot.* Interim autem regula isthæc; quod æstimatione venditionem inducat, nisi contrarium evidenter actum fuerit, firma permanet.

368 Prætermittenda hoc loco non est quæstio illa: Utrum emphyteuta prædium emphyteuticum creditori, cui ad certam pecuniæ summam obligatus est, irrequisito domino, in solutum dare possit? Et breviter statuendum est; emphyteutam id facere non posse: sed domino facultatem concedi, ut post denunciationem sibi factam ipsemet pecuniam creditori debitam exponat, sicque prædium ad se recipiat. Hujusque ratio perspicua est: quia datio in solutum, quæ fit voluntariè pro pecunia debita,

mera venditio dicitur, *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidend. l. si prædium. 4. in fin. C. de eversionib. Ludovic. Bologninus consil. 21. & cons. 25. num. 4. Afflict. decis. 335. n. 18. & decis. 368. n. 2. Aret. cons. 160. n. 15. & seq.* Quemadmodum ergo in venditione; ita & datione in solutum potestas competit domino offerendi pecuniam, eaque oblatione efficiendi, quo minus, se invito, emphyteusis per venditionem vel dationem in solutum, in alium transferatur, *d. l. fin. C. de jure emphyt. ubi Iason. num. 113. vers. intelligo tamen, &c. Decius cons. 160. Bursat. cons. 44. num. 29. vers. at secus. vol. 1. & alii, quos laudat probatque Aurelius Corbulus d. tract. de jure emphyt. cap. 14. limitat. 19. num. 3. & seq.*

Denique & illud quæritur: num emphyteuta possit in prædio emphyteutico sine domini consensu servitutem 370 constituere? Et id illum posse, Doctores communiter, & meritò quidem, tradiderunt, *Iason in multoties allegata l. fin. C. de jur. emphyt. num. 117. & seq. Afflict. decis. 380. n. 2. & seq. Boer. decis. 181. num. 1. & seqq. Natta cons. 516. num. 12. Roland. à Valle cons. 59. num. 10. & 13. vol. 2. Corbul. d. c. 14. limitat. 29. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. quest. 21. Ioan. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 43.* Hac enim ratione nihil domino detrahitur: cum is nihilominus rem emphyteuticam salvam habeat, & quotannis pensionem constitutam accipiat: ipseque emphyteuta suo tantum, non domini juri præjudicet. Unde 371 de finitâ emphyteusi, finitur quoque servitus: quia extincto jure dantis, etiam jus accipientis extingui solet, *l. Statius Flor. 48. ff. de jure fisci. l. peto. 69. §. prædium. 1. ff. de legat. 2. l. lex vectigalis. 31. ff. de pignorib. Tiraquell. in l. si unquam. super verbo, revertatur, num. 330. C. de revocand. donat. & in tract. cessante causa, cessat effectus, limitat. 1. num. 24. itemque in tract. Le mort. saisit levif. declarat. 1. partis tertia, num. 8. & monitum s. numer. 161.*

Quemadmodum porrò emphyteuta commoda, incrementa, & augmenta, fundo emphyteutico obvenientia, percipit, ut hætenus abundè demonstratum: ita etiam vicissim incommoda ac onera nonnulla, ad jus emphyteuticum pertinentia, sustinere tenetur. Etenim illum ad annuam pensionem domino præstandam obnoxium esse, tum ex definitione emphyteuseos, *supra num. 4.* proposita efflorescit: tum ex hoc §. nostro. *in verb. ut quamdiu pensio, &c. l. 1. ff. si ager vectigalis, &c. & l. 2. ibi solitam pensionem. C. de jure emphyt.* dilucidè probatur. Interdum tamen emphyteutæ canonis præstationem remittendam esse æquitatis ratio suadet. Si enim res emphyteutica fatali vel fortuito casu penitus (siquidem ob particularem rei emphyteuticæ interitum, à pensionis totius præstatione non liberatur, *l. 1. in fine. C. de jur. emphyt. hoc. §. nostro. in fine. ibique Giphanius, & Vulrejus n. 14. & Heigius n. 26. cum seqq.*) extincta fuerit, æquissimum est, à præstatione canonis emphyteutam, cui nihil reliquum permansit, liberari, & damnum ad ipsum dominum 374 spectare. Tum quod re in totum sublata, dominium sublatum esse intelligatur; ut ita recognitio domini, utpote amplius non existentis, esse non possit. Tum quia dominus illud, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu, habiturus fuerat. *d. l. 1. vers. siquidem tanta emerferit clades, &c. C. de jur. emphyteut.* Et de hoc illi vulgatissimi, licet non usque adeo artificiosi rhythmici, qui à Speculatore in tit. de emphyteusi quest. 134. n. 160. D. Sichardo in d. l. 1. n. 20. Cod. de jur. emphyteut. & Claro lib. 4. sent. §. emphyteusis quest. 8. n. 8. referuntur, decantari solent:

*Si perit res tota, liberatur emphyteuta:
Sed si pro parte, nulla se liberat arte.*

Hinc controversia difficilis ac perplexa exoritur: utrum canon remitti vel reddi debeat emphyteutæ, si propter bellum, vimvè hostium, & latronum incursum, non potuit ingredi & excolere fundum emphyteuticum? quamvis variæ & multiplices circa istam quæstionem existant Dd. opinioniones, quas (post Iasonem in d. l. 1. num.

- num. 81. & seqq. C. de jur. emphyteut.) accurate Carolus Molinæus in consuet. Paris. tit. 2. §. 62. num. 54. cum seqq. & Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 90. omnium tamen mihi verissima & æquissima hæc videtur: quod scilicet emphyteutæ pensio illius temporis, quo fundum possidere non potuit, sit remittenda, argum. l. cum unus. 12. §. ult. ff. de reb. auctor. jud. possid. l. possideri. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amitt. possess. & l. si in venditione. 10. §. ult. ff. de peric. & commod. rei vend. Ex quibus legibus evincitur; fundum emphyteuticum, quem ob tumultus bellicos emphyteuta ingredi ac possidere nequit, pro non extante, adeoque pro penitus extincto haberi. Atqui juris non est incogniti, quod fundo emphyteutico planè extincto, pensio emphyteutæ remittenda veniat, d. l. 1. C. de jure emphyteut.
- 376 Nec adversatur l. quicumque. 3. Cod. de fundis patrimonialib. ubi ab Imp. Valentiniano & Valente rescriptum est, quicumque possessores jus emphyteuticum susceperint, illos non posse ad refundendum sive reddendum hoc uti prætextu, quod possessiones emphyteutæ desertæ esse cœperint. In ea namque l. nihil agitur de canone, propter desertos agros emphyteutæ emittendo vel reddendo: sed vera mens legis illius hæc est: fundum emphyteuticarium prætextu defectionis & squaloris, vel etiam rescripti, ab emphyteuta relinqui non posse: cum apud eum, & posteritatem ejus perpetuo remanere debeat, ut rectè Cujacius ibidem expliat.
- 377 Sic non obstat, quod dicitur, casus fortuitos omnes ad emphyteutam pertinere. Novella. 7. in præfat. §. lex itaque talia, &c. & bellum inter casus fortuitos numerari, §. item, is cui res. 2. vers. & is quidem, &c. supr. quibus modis re contrahit. oblig. & l. in rebus. 18. ff. commodat. Et si enim casus fortuiti, in re emphyteutica contingentes, ad emphyteutam spectant: hoc tamen non procedit in illis casibus fortuitis, quibus fundus emphyteuticus omnino extinguitur. Hos siquidem casus non emphyteutam, sed dominum potius sustinere debere, ostendit hic §. noster & d. l. 1. Cod. de jur. emphyteut. At verò jam ostensum est, fundum emphyteuticum, quem propter vim, & incursiones hostium, bellorumque calamitates ingredi ac possidere emphyteutæ non licet, juris interpretatione pro penitus extincto haberi. Paria quippe esse videntur, rem inundatam esse ab aquis, & occupatam esse ab hostibus. d. l. cum unus. 12. in fine ff. de reb. auctor. jud. possid. Inundatum autem ab aquis dicitur deperditum, donec & quousque inundatio durat, d. l. si in venditione 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. d. l. 3. §. Labeo. 13. l. interdum. 21. §. 1. & l. qui in universas. 30. §. item quod mari. 3. ff. de acquir. vel amitt. possess. Ergo etiam fundus emphyteuticus, quem propter vim hostium ingredi non possumus, deperditus esse judicatur, donec vis ista duraverit. Et hanc sententiam frequentiori calculo receptam, atque adeo ab ea in consulendo & judicando non recedendum esse, testantur Abbas Panormitanus & Imola in cap. potuit. extr. de locato. Alexand. in d. l. interdum. 21. §. 1. num. 7. ff. de acquir. vel amitt. poss. Iacob. de Arena, Bartol. Salicet. num. 13. Cynus. Fulgos. Guarnerius, Hieron. de Torris, & Iason. num. 91. Cod. de jur. emphyteut. Iul. Clarus lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 8. num. 6. Corbulus in tractat. de jure emphyt. cap. 15. limitat. 18. Valascus in tractat. de jure emphyteut. quest. 27. num. 13. Gail. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seqq. Donell. lib. 9. Commentar. de jur. civil. cap. 14. pag. 452. Fachinaus d. lib. 1. cap. 90. Boccr. class. 2. disp. 14. thes. 71. edit. 2. Halbrüter. in Disput. de jure emphyt. de anno 1602. Respond. Samuele Banfovio. thes. 26. sub. lit. c. Tametsi ex prædictis nonnulli (ut & Ioan. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 12. & Hunnius in resolut. ad Trentler. vol. 1. disp. 29. th. 11. quest. 40. pag. 1792.) aliter hanc quæstionem, & quidem variè, expédiant,
- 378 Huic vicina, nec minus ardua controversia est: si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & emphyteuta non modicam, sed magnam fructibusque respondentem pensionem exolvere teneatur, utrum ea pensio propter sterilitatem illius anni emphyteutæ sit re-

mittenda? Et remittendam esse, censuerunt Nevizan. consil. 92. num. 44. & seqq. Paul. de Mont. Pic. in repet. anth. præterea. n. 13. & seqq. Cod. unde vir & uxor. Roland. à Valle consil. 96. n. 26. vol. 1. Aret. consil. 55. col. 2. & consil. 110. col. 2. Ruinus consil. 77. n. 7. & consil. 161. n. 21. vers. secundo principaliter. vol. 1. Beronius in d. c. potuit. 4. n. 175. extr. de locat. Cotta in suis memorab. in verb. emphyteuta regulariter. Iacob. Port. consil. 144. n. 2. Molinæus in consuetud. Paris. tit. 2. §. 62. num. 58. 60. & Bachovius in suis not. ad vol. 1. Trentleri. disp. 29. th. 7. lit. F. pag. 1121. Cæterum contrariam, seu veriorrem, probarunt sententiam Gloss. in d. c. potuit. super verb. expecti. ad fin. in vers. sed nunquid propter sterilitatem. & c. de locato. ibique Panormitan. num. 17. & Imola n. 41. Alberic. de Rosat. num. 6. Salicet. num. 10. & Iason. num. 18. Bursat. consil. 11. num. 22. Natta consil. 49. num. 14. & consil. 194. num. 4. & seqq. Valascus d. tract. de jur. emphyteut. quest. 27. n. 7. & 12. in fine. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. c. 15. ampliatur. 12. num. 3. §. & seqq. ubi plures enumerat. Quibus astipulantur etiam Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. num. 7. Gail. d. lib. 2. observ. 23. num. 23. & seqq. Fachinaus d. lib. 1. controvers. jur. c. 89. vers. cæterum re diligentius, &c. Borcholt. centur. 1. ἐναρτιοπαύων. assert. 55. edit. 1. Borcholt. de feud. cap. 3. num. 11. & idem part. 1. disput. de jur. emphyteut. thes. 13. & seqq. pag. 125. Moventur hijs Interpretes maximè textu in l. 1. in fin. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. ubi dicitur; damnum, quo tota rei substantia non extinguitur, ad emphyteutam spectare. Sed damnum ex sterilitate redundans, non est ejusmodi, quo substantia rei tota perimatur. Ergo ad emphyteutam spectat. Neque verò nervus hujus argumenti præcidi potest insulsa quorundam interpretatione, hunc §. nostrum & dictam l. 1. C. eod. ea duntaxat de specie intelligentium, qua non magnus canon, sed exiguus, puta in duobus, tribus, quatuor, aut quinque nummis consistens, in conventionem fuit deductus: quo casu omnes unanimi suffragio concludunt, periculum sterilitatis ad emphyteutam pertinere; sicque eum à præstatione exigui canonis propter sterilitatem non liberari. Huic namque interpretationi primò contradicunt ista generalia dicta l. 1. C. de jur. emphyteut. & hujus §. verba, indistinctè de contractu emphyteutico loquentia. Ergo ad illum contractum non sunt restringenda, quo exiguus tantum canon præstandus est: præsertim cum emphyteusis etiam tum rectè constituta dicatur, quando pro re preciosa & fertili, justa & condigna pensio solvitur, argum. anth. perpetua. Cod. de sacros. Eccles. & Novell. 7. c. 3. §. 1. quia verò Leonis, &c. Deinde in hoc §. nostro. proponitur; prædium quibusdam datum fuisse fruendum: & sic prædium fuisse fructiferum. Ex quo verisimile redditur; non exiguum, sed magnum, & fructibus condignum canonem pro isto prædio in conventionem deductum fuisse: cum nemo suum jactare, patrimoniiq; sui jacturam facere velle videatur, l. cum de indebito. 35. circa princip. ff. de probationib.

Non obstat huic sententiæ l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. 382 l. si merces. 25. §. vis ma. 6. ff. locati. l. licet. 8. C. de locato &c. propter sterilitatem. 3. extr. eod. t. quibus in locis conductor, cui emphyteuta similis est, propter sterilitatem pensionis sive mercedis sit remissio. Nam emphyteutam in multis à conductore differre, contractumq; emphyteuticum à locatione & conductione separatam atque distinctum esse, constat ex d. l. 1. C. de jure emphyteut. & abundè explicatum est supr. n. 7. & seqq. A separatis autem & diversis illationem non concedi, explorati juris est, l. Papiinianus 20. ff. de minorib. l. ult. ff. de calumniatorib. l. inter stipulantem. 83. §. sacram. ibi, sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. oblig. l. neq. natales. 10. C. de probationib. Hæc-384 que responsio eò facilius admitti debet; quod magna inter locationem & emphyteusin appareat differentiar ratio. In contractu namq; emphyteutico pensio, quantumvis magna & fructibus æqualis non præstatur propter rei usum, & in compensationem fructuum: sed propter dominii recognitionem, ad quam, utpote quæ est de substantia contractus emphyteutici, contrahentes potissimè respicere solent, At verò merces in locatione principalit. præstatur ob

usum rei: adeo, ut si conductor re uti nequeat; merito aliquid de mercede remitti ei debeat, quasi ita tacite inter eum & locatorem convenerit. *d. l. licet. 8. C. de locato prolixè Corbulus d. c. 15. ampliatur. 12. num. 21. Gregor. Lopez. lib. singul. animadvers. jur. civ. c. 16. pag. (mibi) 81: & seqq.*

- 385 Disceptari quoque consuevit: si fundus emphyteuticus aquis submersus vel inundatus fuerit; an emphyteuta anni illius, quo duravit inundatio, canonem domino præstare obligatus sit? Et obligatum non esse, vero proprius esse reor, *argum. prædictæ l. cum unus. 12. §. ult. ff. de reb. auct. judic. possid. d. l. 3. §. Labeo. 17. ff. de acquir. vel amit. possid. d. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de pecul. & commod. rei vend. ubi Ulpianus ait, rem inundatione perire, sicuti chasmate pereat. Jam verò, re tota peremta aut læsa, periculum dominus sustinet, d. l. 1. C. de jure emphyteut. & hoc §. nostro. Qui textus non strictè de ipsius substantiæ sive prædii emphyteutici interitu tantum, sed etiam de totius rei damno & læsione, quæ ita substantiam perimat, ut de ejus corpore nihil emphyteutæ reliquum remanere videatur, intelligi debent. Utuntur quippe Impp. verbis, *damnum, l. adatur, &c.**
- 387 Quod si enim de eo solo interitu textus isti acciperentur, quo tota rei substantia prorsus è rerum natura tolleretur: certè de casu rarissimè eveniente, imò ne vix quidem existente intelligerentur, *contra l. 4. & 5. ff. de legib. Etenim perrarò terræ motus; quibus agri ita corrunt, ut nusquam conspiciantur, aut chasmata eveniunt, teste Plinio lib. 2. natural. histor. c. 80. Et ita in terminis, post alios, quos citat, concludit Alexand. consil. 112. videtur in presenti. vol. 1. Nec moverit, si dixerit quispiam, emphyteutam ad canonis præstationem obligatione personali esse adstrictum, adeoque ab ea, si fundus aquis submersus fuerit, non liberari: cum ex contractu obligatus sit, personalisque obligatio non rem, sed personam perpetuo sequatur. l. 1. §. si heres. 16. ff. ad SC. Trebellian. l. ult. in fin. ff. de contrah. empt. & §. 1. infr. de action.*
- 388 Nam personalis obligatio personam quidem perpetuo comitatur, si simpliciter sit contracta: secus autem est, si ex natura contractus constet, contrahentes eo usque tantum obligatos esse voluisse, quamdiu res, cujus ratione obligantur, in rerum natura manserit. Contrahentes enim secundum naturam contractus contrahere voluisse censentur. l. quero. § 4. §. 1. ff. locati. l. si stipulatus 4. ff. de usur. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 32. num. 1. late Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt.
- 389 38. Contractus autem emphyteutici eam esse naturam & conditionem, ut re extincta pensio non amplius sit præstanda, liquet ex *d. l. 1. Cod. de jure emphyteut. Ideoque contrahentes huic naturæ & conditioni se conformasse, & hoc voluisse creduntur, ut quovis modo re emphyteuticâ perempta, personalis quoque obligatio præstandi canonis cessare debeat. Firma igitur subsistit conclusio: quod emphyteuta propter inundationem, qua ager emphyteuticus submergitur, à canonis solutione liberetur per id temporis spacium, quo inundatio duravit.*

- 390 Enim verò conclusio isthæc non procedit, si inundatio, quæ supervenit, non erat insueta, sed solita contingere. Tunc etenim emphyteuta non excusatur, ut docet Bald. in *d. l. licet. 8. in 2. quæst. Cod. de locato & cond. per d. l. ex conducto. 15. §. si vis. 2. ibi, si verò nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. ff. locati conducti, & arg. l. qui bona. 13. §. de illo. 6. ff. de damno infect. Idem tenet Igneus in repetit. l. contractus. 23. num. 10. ff. de reg. jur. Similiter non locum habet præfata conclusio, si emphyteuta omnium casuum periculum in se suscepit: aut culpa, negligentia, vel incuria sua causam inundationi dedit; fructusvè, qui postea inundatione perierunt, justo tempore non collegit. His siquidem casibus à præstatione canonis minimè illum excusari, probabilius est, *arg. l. item queritur. 13. §. 1. ff. locati. l. quod re. 5. ff. de reb. cred. si cert. pet. & l. cum res legata. 47. §. fin. ff. de leg. 1. Igneus loco proximè notato: quem refert & sequitur Aurelius Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 19. num. 3. & 4.**

Cæterum emphyteuta non solum annuam pensionem præstare domino cogitur, ut hætenus probatum: sed & publicis præstationibus, fundi emphyteutici nomine, fungitur. l. 2. C. de jur. emphyt. Publicæ autem illæ præstationes seu functiones sunt publicæ pensitationes, id est, ea, quæ fisco aut Reipublicæ quotannis præstantur: qualia sunt vectigalia, collectæ, tributa, publicæ viæ refectiones, collationes in refectiones aggerum, & similia. Hæc munera quia prædiorum possessores onerant *leg. Imperatores. 7. ff. de publican. & vectigal. idcirco & emphyteuta, qui fundi possessor est, ea præstare compellitur, l. sciendum. 7. §. 1. ff. qui satisd. cogant. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civil. cap. 14. pag. 452. num. 30. Iohan. Franc. Purpuratus consil. 50. num. 7. consil. 332. num. 2. & consil. 356. num. 4. item Alvar. Valasc. in tract. de jur. emphyteut. quæst. 17. ubi conclusionem istam, quod emphyteuta tributa, & omnia onera realia, quæ præstantur à re, vel occasione rei,olvere teneatur, multis extensionibus & limitationibus egregiè atque copiosè declarat. Ea de re videantur Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 10. lit. B. pag. 1131. & inibi Hunnius quæst. 39. pag. 1790. D. Bocer. in tract. de jure collectar. cap. 10. num. 5. & seqq. Stephanus Gratianus disception. forens. cap. 294. num. 30. Regner. Sixtin. in tract. de regalib. cap. 14. num. 84. Georg. Mundius, Gener mihi charissimus, in Disput. de Collectis. thes. 71. Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 196. & 5. sequentib. Eamque rem paulo explicatius tractavi in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 46. Adhæc apochas (quæ alias Quietationes sive Quitantiæ, vulgò Quittungen / Quittangen appellantur: *Wehner. in præst. observat. lit. Q. in verbo, Quittang / &c.*) emphyteuta prædictarum functionum domino exhibere teneatur. Est verò apocha instrumentum pecuniæ solutæ, à creditore debitori solventi porrectum. l. qui tabulas. 27. §. penult. & ult. ff. de furt. l. plures. 19. Cod. de fide instrument. l. 3. & tot. tit. Cod. de apochis publicis, &c. Et emphyteuta, cum præstationes illas publicas præstitit, apocham à quæstore, cui solvit, exigere in gratiam domini necesse habet. *d. lib. 2. Cod. de jure emphyteut. Usus porrò hujus apochæ hic est: ut & dominus, reverso ad eum fundo emphyteutico, de publicis illis pensitationibus præstitis omnino tutus sit: quippe cum possessores etiam præteriti temporis isthæc præstare munera teneantur, d. l. Imperatores 7. ff. de publicanis, & vectigalibus Donell. d. lib. 9. cap. 14. pag. 452. num. 40. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 70. sub lit. c. edit. 2. & d. tractat. de jure collectar. cap. 10. num. 9. cum seqq. pag. 133. & seq.**

Dictum est hætenus, quomodo emphyteusis constituitur, & quid juris emphyteutæ in fundo emphyteuticario competat, nec non quid suo ambitu totum jus istud constitutum complectatur: reliquum est, ut de modis, quibus ritè constituta finiatur emphyteusis; tractatio instituat. Finitur verò & extinguitur variis modis. Et primò quidem exploratum est: emphyteusin ad certum & præfinitum tempus, putà ad decem, viginti, triginta, quadraginta, vel centum annos concessam, eo elapso, ad dominum concedentem reverti. Siquidem concessum ad tempus, post illud tempus censetur prohibitum, *arg. l. statuliberum. 11. §. 1. ff. de legat. 2. l. pater filium. 38. §. fundum. 3. ff. de legat. 3. l. 1. in fin. junctal. ultim. ff. si ager vectigal. &c. Iul. Clar. lib. 4. sent. §. emphyteusis, quæst. 42. num. 1. vers. secundò modo, &c. Valent. Forster. lib. 3. de successionib. cap. 20. num. 3. & 4. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 11. ubi plures citat. Idem est, & si nominatim convenerit, ut ad certum tempus vectigali sive canone non soluto, emphyteuticus fundus ad dominum rediret: & lege commissâ, dominus suâ lege utatur, & fundum vindicet, l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. & hypoth. Quibus casibus hoc quoque eveniret, ut si emphyteuta prius fundum dederit pignori; cum etiam jus pignoris evanescat, *d. l. lex vectigali. 31. ff. eod. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 15. pag. 454. n. 40.**

Deinde & hoc expeditum est: emphyteusin ad certam gene-

- generationem datam finire, extincta ipsa generatione. *Clarus d. quest. 42. num. 1. vers. tertio modo, &c. & quest. 28. num. 2. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 16. Boceri. d. class. 2. Disput. 14. thes. 74. lit. a.*
- 399 Quamvis alias emphyteusis simpliciter & purè concessa, ad omnem generationem, omnesque heredes non modo masculos, sed & fœminas transeat, arg. *Novell. 7. cap. 3. in princip. ibi, masculis aut fœminis, &c.* Quo facit illud vulgatum juris theorema: quod pater inter liberos æqualitatem servare, & in dubio tam filiabus, quam filiis acquirere velle præsumatur, arg. *l. quasitum. 12. §. idem respondit. 43. versic. sed & ipse Papinianus, ff. de instruct. & instrum. legat. l. illud. 20. §. ad hac. Cod. de collationib. Borcholt. d. ap. 3. num. 14. Clarus d. §. emphyteusis. quest. 32. & D. Obrecht. disput. 36. th. 87. & seqq.*
- 401 At vehementer controvertitur: an emphyteusis Sempronio, & ejus filiis data, filiabus quoque concessa intelligatur, vel potius ad filios duntaxat pertineat: ut, his mortuis ad dominum, filiabus exclusis redeat? Et hoc quidem casu filias sive fœminas censerì exclusas, crebrioribus Doctorum votis recepta opinatio est. Hanc enim tenent *lason in leg. 2. num. 193. Cod. de jur. emphyt. Alexand. consil. 61. per tot. & consil. 80. in fin. vo. 1. & consil. 87. num. 9. vol. 6. Guido de Suzar. in l. veteribus. 39. ff. de pact. Gozad. consil. 20. num. 1. 2. & 10. Hubert. Zuccard. in l. fin. num. 73. Cod. de edict. divi Adriani voll. Ruin. consil. 35. num. 1. & 13. vol. 1. Roland. à Valle consil. 93. num. 17. lib. 2. Bursatus consil. 80. num. 7. Benintendus decis. Bononiens. 52. Hippol. Riminald. consil. 153. num. 3. lib. 2. Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 12. num. 3. & seqq. alique plurimi, per eum relati. Sed tamen contrarium verius esse, testantur *Salicetus in d. lib. 2. quæst. 17. Cod. de jur. emphyteut. Covarr. lib. 2. variar. resol. c. 18. num. 1. Clarus d. §. emphyteusis. q. 32. num. 2. in fine. Boceri. d. class. 2. disp. 14. thes. 76. edit. 2. Fachinaus. lib. 8. controvers. jur. 97. & alii, quos hic allegat. Horumque sententia hoc potissimum fundamento nititur: quod regulariter masculinum concipit etiam fœmininum, sive filii appellatione etiam filia comprehenditur. *l. si quis ita. 16. in princ. ff. de testam. tutel. l. si ita sit scriptum. 45. in princ. ff. de leg. 2. l. 1. ibique Alciat. l. filii. 84. ubi Gædd. & l. pronuntiatio. 195. in princ. ff. de verb. signif. non solum in testamentis, sed & in contractibus, argum. l. qua de legato. 46. ff. de legat. 1. l. pactum inter heredem. 46. ff. de pact. Molin. in consuet. Paris. tit. 1. §. 12. num. 4.***
- 403 Non refragatur huic decisioni, quod in contractibus stricti juris, qualis est emphyteuticus, verba propriè & strictè accipiuntur, *l. quicquid astringenda. 99. ubi. Dd. ff. de verb. obligat. filiorum autem appellatione propriè filia non continentur, sed per extensionem, ut arguit textus in l. cum in adoptivis. 10. §. qua in filio Cod. de adoptionib. d. l. pronuntiatio. 195. in princ. ibi, porrigitur & l. justa. 201. ff. de verb. signif. Verius namque est, quod masculinum ex proprietate sermonis concipiat fœmininum: atque adeo filiorum appellatione fœminæ quoque seu filia contineantur. *l. 1. ibi, complectitur (quod verbum proprietatem denotat) ff. de verb. signif. & legibus similibus, supra adductis.* Deinde emphyteusis esse contractum bonæ fidei, non verò stricti juris, ex ejus definitione, supra num. 4. & 49. explicata, abunde constat. Præterea negatur; verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, ut interpretatio justa, & contrahentium menti conformis excludatur: quandoquidem mens contrahentium magis spectanda est, quam verba, *l. in conventionibus 219. ff. de verb. signif. l. semper in stipulationibus. 34. ff. de reg. jur.**
- 406 Sic quoque non obstat, quod in stipulationibus & pactis verba ambigua aut dubia interpretanda sint contra stipulatorem, qui poterat legem contractus apertius dicere, *dict. l. veteribus. 39. ff. de pact. l. stipulatio ista. 38. §. in stipulationibus. 18. & d. l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig.* Nam nostro in casu verba non sunt dubia vel ambigua: quia lex illa interpretatur, ut tam masculos, quam fœminas comprehendant, *d. l. pronuntiatio. 195.*

& d. l. justa. 201. ff. de verb. signif. cum similibus. Sed & cum regula sit: masculinum concipere fœmininum: non dicitur res obscura, nec ambigua, sed clara & certa pro eo, qui fundatur in regula, ut notat Bart. in l. quotiens. 13. ff. si quis cautionibus. &c. & l. 2. col. 1. ff. si quis in jus vocat. non jer. Bald. in l. omnes populi. 9. col. 10. ff. de just. & jur. Petr. de Anchor. in repet. rubr. de reg. jur. in 6. col. 2. Molinæus d. tit. 1. §. 12. num. 5. ubi id uberius explanat.

Priori similis hæc controversia est: nunquid emphyteusis mihi, & meis filiis concessa, etiam nepotibus meis tributa censeatur? Et sane non desunt, qui existimant, emphyteusis isto modo mihi concessam, ad nepotes meos non devolvi, sed morte mea, meorumque filiorum penitus extinguì. *Salicet. in l. 2. num. 9. & lason n. 191. C. de jur. em. hyteut. & D. Collega Boceri. d. class. 2. disp. 14. thes. 77.* Verum contrariam ego sententiam benigniorem esse atque probabiliorē arbitror, per *l. justa 201. & l. liberorum. 220. §. 1. & §. ult. ff. de verb. signif. ubi expressè dicitur, filii appellatione etiam nepotem comprehendendi. Idque obtinet non in favorabilibus tantum, sed & in odiosis l. filius. 14. ff. ad SC. Macedon. l. Senatufconsulto. 9. ff. de rit. nupt. etiam si in contractu verbis disertis dictum sit. ut Titus, & qui ex corpore ejus descendunt, succedant; per ea, quæ eleganter tradit Baldus in l. 1. post princip. C. de conditionib. insert. ubi ita scribit: Filiorum appellatione nepotes continentur, licet mentio fuerit facta de filiis, ex suo corpore natis. Nam verificatur in nepotibus: quia in eis est sanguinis continuatio, & unum idemque dicitur, quicquid per rerum naturam continue procedit. Baldum referunt & sequuntur Iohannes Cephalus consil. 262. num. 7. ad fin. & Decian. consil. 9. n. 8. & 9. vol. 2.*

Nec obstat *Novell. 7. c. 3. in princ.* ubi cum & filiorum & nepotum fiat mentio: videtur dicendum, appellatione filiorum nepotes non contineri. Alias siquidem frustra Imperator expressisset nepotes: cum filiorum appellatione venirent. Hoc, inquam, non obstat. Quia ob id solum nepotum mentio ibi expressa est: ut hæc verba (*in duobus ejusdem personæ heredibus*) explicarentur: adeoque indicaretur, de duabus generationibus, quarum prima sit filiorum, altera nepotum, actum fuisse.

Pariter non obstat *§. si quis filiabus. 5. vers. ceterum si filios. supr. qui testam. tutor. dari poss. & l. quid si nepotes. 6. ff. de testam. tutel.* ubi filiorum appellatione nepotes non continentur. Nam (*secundum Alciatum lib. 3. paradoxor. c. 14.*) distinguendum est inter dispositionem legis, & hominis. Si de legis dispositione loquimur: regulariter filii vox ad nepotes producit, non in favorabilibus duntaxat, sed etiam in odiosis, ut ante probatum: nisi diversa ratio dissimile & diversum jus inducat. Tunc enim filii nomen in nepotem non cadit, *l. sed & milites. 8. in princ. ff. de excusationibus.* Ast in hominis dispositione (ut est tutela datio) dictionem filiorum ad nepotes non extendi, receptius est, *d. §. si quis filiabus. supr. qui testam. tut. dari poss. & d. l. quid si nepotes. 6. ff. de testam. tutel.* nisi ex conjecturis colligatur, contrahentem etiam de nepote sensisse: ut cum alioquin extranei suis præponerentur. *l. Lucius 35. ff. de herediab. instituend. vel usus & consuetudo testatoris hoc suaderet, vel aliàs actus effectum non sortiretur, ar. um. l. alimenta. 16. §. 1. ff. de aliment. vel cibariis legat.* Item si natura contractus hoc exigit: ut cum vasallus feudum pro se, & filiis accipit: vel emphyteuta (*ut in nostro casu*) emphyteusis pro se, & filiis suis accipit: quia natura hujus contractus est, ut in nepotes transmittatur. Et distinctionis sive differentie illius ratio ea est: quia facilius legis verba extenduntur, quam hominum: cum hæc non producantur, nisi ex mentis conjectura: at lex legis voluntatem semper exploratam habet. Ideoque rectè Justinianus in *d. §. si quis filiabus, ex Ulpiani responso in d. l. 5. ff. de testament. tutel.* asserit: cum pater tutorem filiis dederit, non censerì nepotibus dedisse: quoniam tutorem dare, hominis actus est. Sed & alia ratione firmari potest hæc decisio: quandoquidem generaliter traditum est; si filiis provideatur propter

favorem, nepotibus quoque videri provisum. Cum autem hæc ratio non militet, si filiis tutor testamento relinquitur: nepotibus de tutore prospectum non videtur. Nec enim respectu tutorum ullus est favor: imò onerosa ipsis tutela esse solet: nec etiam multum inde emolumentum nepotibus oritur: cum, cessante testamento, de tutore illis per judicem commodissime prospici possit, ut explicuimus in d. §. si quis filiabus. num. 4. §. tit. qui testamento tutores dari poss. Et de proposita questione videndus etiam est, post alios, ab ipso citatos. Nicolaus Everhard, à Middelburg. in locis legalib. loc. à feudo ad emphyteus. num. 7. item Cardinalis Mantica in tract. de tac. & ambig. convent. p. 412. & seq. huncque referens Nicolaus Eggebrecht, in synopsi jur. emphyt. conclus. 81. & seqq. ubi plures similes quaestiones attingit.

413 Præterea finitur & amittitur emphyteusis præscriptione: si vel dominus, vel etiam ex justa causa & bona fide tertius quispiam, fundi emphyteutici possessionem adeptus sit, eamque per tempus legitimum, absque ulla contradictione emphyteuta, teneat, arg. tit. 26. §. si quis per triginta annos, lib. 2. Feud. Wesenbec. post alios, in paratit. ff. si ager vectigalis, id est, emphyteuticar. per num. 2. vers. finitur porro, &c. Iohan. Franc. Balb. in tract. de præscript. part. 4. partis 4. princ. quaest. 8. num. 4. Bocer. class. 2. disput. 14. thes. 83. edit. 2. Hucque conferenda sunt, quæ de præscriptione notata sunt supra num. 232. & seq.

414 Quia vero hinc præscriptionis meminimus: fortassis non inconvenienter quæri poterit: an emphyteuta, qui longissimo tempore, puta 30. vel 40. annis canone si ve pensionem à pensione solvenda, non solum pro tempore præterito, sed etiam futuro, præscripsisse credatur? Et affirmantem quidem sententiam amplexi sunt Bartolus in l. comperit 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Cor. cons. 142. num. 11. vers. accedat. vol. 3. & alii, quos citat Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 31. num. 1. Verum contraria decisio firmiori munita est fundamento. Pro ea enim valde facit l. cum notissimi. 7.

415 §. fin. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi Imp. Justinus dilucidè ostendit, in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot anni sunt. Proinde si emphyteuta spacia annorum 30. vel 40. pensiones non solvit: præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras: quia nova præscriptio est necessaria futurorum annorum, & quidem in singulos annos. Id quod aperte etiam con-

416 stat ex l. eos, qui, 26. in princ. Cod. de usuris. Ubi licet constitutum sit, principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super usuris quaestionem moveri posse: cum, principali causa non subsistente, nec ea, quæ inde sequuntur, locum habeant, l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. tamen illa lex satis arguit, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *lubemus, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo ex ii dem temporibus eas vel le sibi persolvi, qua non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci, &c.* Accedit & hæc ratio: quod de essentia emphyteusis sit præstatio canonis, si ve conventio de præstando cano-

417 ne, de quo supra num. 104. & seqq. Si itaque quis emphyteutam se profitetur, & in solutione canonis cessat: immunitatem si ve libertatem à præstatione canonis sibi non acquirit. Hujusque sententiæ auctores sunt, Accursius in d. l. comperit. 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Iason in l. 2. num. 72. C. de jur. emphyteut. Guido Papa decis. 406. Gail. lib. 2. observ. 73. num. 1. Fachinaus lib. 8. controvers. jur. cap. 99. Mynsing. centur. 3. observ. 13. Wurmb. pract. observat. tit. de præscript. cap. 5. Thoming. decis. 17. num. 26. Bachovius in suis not. ad Trentler. vol. 1. disput. 29. th. 11. lib. D. pag. 1133. & ibidem Hunnius in suis resolut. quaest. 45. pag. 1795. Borcholt. in tractat. de usur. cap. 4. num. 34. & aliquot seqq. & in tractat. de pact. cap. 3. num. 23.

Nec adversatur l. sicut. 3. & l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ubi omnis actio triginta vel

40. annorum spacio tollitur. Quia non negamus, annuas præstationes præscriptione 30. vel 40. annorum extinguí: sed singulorum annorum, quibus actio nascitur, præscriptionem contemplamur & requirimus, ex præscripto ac mandato dictæ l. cum notissimi 7. §. ult. C. d. tit. non autem totius temporis futuri, ex unius anni vel alterius pensionis præscriptione, jus metimur. Reliqua, quæ in contrarium moveri solent, refellit Fachinaus loco præallegato. Huc etiam pertinere videntur, quæ notavit D. Bronchorst. cent. 1. Miscell. controvers. assert. 44.

Ad hæc totius fundi emphyteutici interitu resolvi emphyteusin, nullum est dubium. l. 1. vers. si quidem tanta emerferit. Cod. de jure emphyteut. & hoc §. nostro. vers. si autem nihil, &c. Et huc confert, quod & ususfructus (cui emphyteusis similis est, ut arguit textus in l. 1. §. 1. ibi, fundum fruendum conduxerunt. ff. si ager vectigal. id est, emphyteuticar. pet. & præsens, quem explicamus, §. ibi, quæ fruenda traduntur, &c.) finitur, si ager vel hortus fructuarius mari aut flumine inundatus sit. l. si ager 23. & l. seq. ff. quib. mod. ususfruct. vel. usus amitt.

Eadem quoque amittitur emphyteusis, si emphyteuta dolo, culpa lata, aut levi, rem emphyteuticam insigniter deteriore fecerit, Novell. 120. cap. 8. & Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccles. Qui textus licet de Ecclesiastica emphyteusi loquantur: rectè tamen etiam ad secularem si ve civilem, cum in utraque eadem ratio locum habeat, porriguntur. Nam in utraque emphyteusi ita res emphyteuta datur, ut eam excolat, & meliorem faciat: in utraque (inquam) res utenda, non abutenda; melioranda, non deterioranda datur. Et sane si colonus, contra legem contractus faciens, jure expelli potest, l. ade. 3. C. de locato. poterit & emphyteuta hac de causa: quia in contractu emphyteutico non minus, ac in contractu locati, firma & rata ea esse debent, de quibus convenit. l. 1. C. de jur. emphyteut. Iason. in l. 2. n. 98. C. eod. Iul. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. q. 26. Roland. à Valle cons. 49. num. 21. vol. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 86. Hartman. Pistoris lib. 1. quaest. jur. q. 28. Menoch. de arbitrar. jud. lib. 2. cas. 78. num. 3. D. Obrecht. Disp. 36. de jure emphyteut. thes. 285. & multis seqq. D. Halbritter. Disp. de jur. emphyt. de anno 1602. th. 48. ad lit. b. D. Bocer. class. 2. Disp. 14. thes. 84. edit. 2. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 13. num. 4. & 24. ubi plures recitat. Idem de feudo respondit Ludolphus Schraderus in tract. feud. part. 9. c. 6. n. 59. & seqq. per textum in c. 1. §. quicumque advocacion. & ibid. Baldus, Alvarott. Præposit. & Matth. de Afflict. de pac. tenend. & ejus violat. tit. 27. lib. 2. feud. ubi ille infinitas fere auctoritates ad id probandum congeffit.

Sed utrum emphyteuta præter dolum, culpam latam & levem, levissimam quoque præstet, non omnino expeditum est? Et (haud obstante contraria opinione Cagnoli & Decii in d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles.) verius est; emphyteutam, ob culpam levissimam in re deterioranda commissam, privationis pœnam subire non debere: quoniam is ex natura contractus emphyteutici, propter latam & levem duntaxat, non autem levissimam culpam, tenetur, l. si, at cerio. §. §. nunc videndum ff. commodat. l. contractus 23. ff. de reg. jur. ibique Anton. Delrio c. 11. Bald. in d. auth. qui rem. n. 2. C. de SS. Eccles. & Iason d. l. 2. n. 98. in fin. C. de jur. emphyt. Ludov. Molin. d. disput. 457. num. 2. Mynsinger. respons. 28. num. 29. Decad. 3. Camill. Borell. in summa decis. tit. 33. de emphyteusi. num. 204. hosque laudans Eggebrecht. d. synopsi juris emphyt. conclus. 219.

Nec hoc pronunciatum imminuit, quod textus in d. 423 Novell. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. C. de SS. Eccles. generaliter & indistinctè statuunt, emphyteutam deteriore facientem rem emphyteuticam, jus suum amittere: adeoque omnem culpam etiam levissimam, pœnæ privationis obnoxiam esse, l. de precio. 8. ff. de publ. in rem act. l. 1. §. general. ff. de eg. præst. Nam notissima juris regula est: o-
mnem dispositionem accipiendam esse secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, arg. l. ex conducto. 15. §. si uno. 4. vers. & si verbo. ff. locati. l. sed

sed si possessori. 11. §. item. si juravero. ff. de jurejur. l. damni infecti. 43. in princ. vers. & quod in stipulatione. ibiq. Angel. ff. de dam. infect. l. fin. C. de non num. pecun. Alex. conf. 26. n. 6. lib. 3. Nevizan. conf. 92. n. 12. & seqq. Nicol. Everhard. in locis legalib. loc. à subjecta materia. n. 1. Quare cum in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. & d. Novell. 120. c. 8. de emphyteuta, ob deteriorationem jure suo privando agatur: is autem de lata saltem, levique culpa, non verò de levissima teneatur. d. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. ff. commodat. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. subjecta materia suadet, decisionem dicta Nov. 120. c. 8. & d. auth. qui rem. inde desumpta, de lata levique, non autem levissima culpa, intelligendam esse.

- 425 Illud quoq; dubitatione non caret: si emphyteuta in contractu emphyteutico disertis verbis promisit, se rem emphyteuticam non deteriore facturum, utrum hoc casu ob quamvis, non solum insignem & magnam, verum etiam propter levem & modicam deteriorationem, privationis pœnâ plectendus sit? Quod asserit Natta consil. 481. numero. 14. & seqq. quem citat. & sequitur Corbulus dict. tractat. de jur. emphyt. c. 13. n. 9. argumento l. si quando. 109. in princ. ff. de legat. 1. & c. si papa. 10. ibi, cum verba aliquid operari de beant, de privileg. in 6. Quibus ex locis hæc colligitur doctrina: in quavis dispositione verba sic accipienda esse, ne otiosa sint, sed ut aliquid operentur. Jam verò si in proposita specie emphyteuta, propter levem deteriorationem, privationis pœnam pati non deberet: pactum illud de re non deterioranda frustra interpositum censeretur, contra d. l. si quando 109. ff. de legat. 1. & d. c. si papa. 10. de privileg. in 6. Sed, objectione isthac nihil movente, probabilius esse judico: quod emphyteuta, cum quo talis inita est pactio, ob levem deteriorationem jure suo non 427 cadat. Omnia enim pacta, & verba pactorum secundum subjectam materiam, & naturam illius rei, qua de tractatur, intelligi debent, c. soluta. 6. & ibi Canonista. ext. de majoritate & obed. ent. d. l. ex conducto. 15. §. si uno. & l. quaro. 54. §. 1. ff. locati. l. si olei. 21. C. de locato. l. damni. 43. ff. de dam. infect. & jurib. similibus superius n. 424. allegatis. Atqui contractus emphyteutici natura & conditio hæc est: ut levissimam emphyteuta culpam præstare non cogatur, ut paulò ante probatum: & consequenter quod ob levissimam culpam & deteriorationem modicam non puniatur. Quocirca pactum illud, de re non deterioranda adjectum, in hanc sententiam accipi non debet, quod emphyteuta levissimam culpam in re deterioranda præstare teneatur.

- 428 Nec quicquam negotii facessit, quod modo de operatione verborum seu pactorum adductum est. Etenim potius admittitur, ut & verba & pacta sint supervacua, & sine effectu operandi, quam ut aliquid operentur contra subjectam materiam, & naturam illius rei, de qua agitur, per notata Bald. in rubr. Cod. de contrah. empt. n. 9. Alex. conf. 21. n. 9. lib. 5. Gozad. conf. 74. 16. Socin. regul. 440. 429 limitat. 2. & Cephal. conf. 104. num. 8. Et juris indubitati est: quod expressio illorum, quæ tacite insunt, nihil operetur: quodque potius admittatur, ut dispositio sit superflua, quam ut expressio eorum, quæ tacite insunt, aliquid operetur, l. verba hæc 12. ff. de conditionib. institution. l. hæc verba. 3. & ibi Bartol. & Iason. ff. de legat. 1. l. non rectè. 3. C. de fidejussorib. Ruin. conf. 168. num. 155. lib. 1. Paris. conf. 110. n. 47. lib. 1. Censetur etenim expressio eorum, quæ tacite insunt, ad tollendam omnem dubitationem facta fuisse, tradentibus Socino consil. 102. num. 11. lib. 3. & Cephalo d. conf. 104. num. 14. Juris autem est clarissimi: quod ea, quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædant, neque mutant, l. qui mutuat. 56. in princ. ff. mandati. l. qua dubitationis. 81. ibique Decius & Cagnol. ff. de reg. jur. Ioan. Dilect. in tract. de arte testand. caut. 11. num. 1. Craver. conf. 70. num. 29. lib. 1. alique plures, quos memorat & probat Schraderus in tract. feud. part. 10. select. 3. num. 39. & 40. Eandemque quæstionem, cum aliis, excussimus in addit. ad Iul. Clar. §. emphyteusis. quæst. 26. num. 3. & seqq.

In disceptationem pariter & illud trahitur: nunquid 431 emphyteuta, qui non integrum fundum emphyteuticum, sed partem tantum ejus deteriore fecit, toto fundo, vel saltem eâ parte, quam fecit deteriore, privetur? Privari eum toto fundo, autumant Richardus Malumbra, Otrad. & Bald. in l. cum ejusdem. 34. ff. de adilit. edict. ubi expresse scribunt: quod emphyteuta, qui plures res accepit in emphyteusin simul ac eodem contextu, & pro uno omnium canone, cadat ab omnibus etiam aliis rebus, in quibus non est malè versatus, si unam ex illis rebus, quas accepit, deterioravit, & in ea fuit malè versatus. His subscribunt & assentiuntur Andr. Barbat. in addit. ad Bald. in l. ade. 3. sub. n. 14. vers. sed quid si ex pluribus rebus. C. de locato. Chassan. in consuetud. Burgund. rubr. 4. §. 6. pag. 619. num. 7. Trentacinius var. resolut. jur. lib. 3. resolut. 2. de jur. emphyt. num. 3. Roland. à Vall. conf. 49. num. 15. lib. 2. Joseph. Ludov. decis. 22. num. 6. Albert. Brun. in tract. de augmento moneia. conclus. 22. Tiraquell. de retrahit. lignagier. §. 23. num. 4. gl. 1. Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 13. n. 7. alique ab iis relati. Cæterum contrariam sententiam 432 & veritati & æquitati magis esse amicam reor, per l. rescriptum. 6. & l. heres. 11. ff. de his, qua ut indignis auferunt. ex quibus textibus apparet, quod heres ratione ejus tantum partis, in qua fraudem adhibuit, puniatur. Et ratio non obscura est: quia pœnâ commensuranda est 433 delicto nec id excedere debet, l. perspicendum 11. l. aut facta 16. ff. de j. enis. l. sancimus. 22. C. eod. c. quasivit. 2. in fin. ext. de iis, quæ sunt à majori parte capit. c. felicitis. 5. §. illud autem. de pœn. in 6. Accedit textus in tit. 38. de vasallo, qui contra constitutionem Lotharii regis benefic. alienavit. lib. 2. feud. ubi vasallus, qui infcio aut 434 nolente domino partem tantum feudi alienavit, non toto feudo, sed ea solummodo parte, quam non consentiente domino alienavit, privatur. Idem igitur in deterioratione respondendum erit: quod videlicet partem feudi deteriore reddens vasallus, non toto feudo, sed ea tantummodo parte, quam deteriore reddidit, privetur. Et ita tenent sentiuntque Corneus conf. 67. num. 11. lib. 2. Schraderus in tract. feud. part. 9. cap. 6. n. 70. Conrad. Rittershus. lib. 2. partitionum juris feudal. c. 5. q. 71. & D. Bocerus class. 2. Disput. 14. th. 85. edit. 2. ubi allegat idem sentientem Jacobum Concennat. lib. 4. quæstion. jur. quæst. 5. num. ult. itemque D. Besold. in delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 8. pag. 505.

Neque tollit assertionem nostram, l. si quis in gravi. 3. 435 §. si autem non totum. 24. ff. de senatusconsulto. Silan. ubi Ulpianus in hæc verba respondit; Si non totum testamentum, sed pars ejus aperta sit: dicendum est, in edictum incidisse eum, qui aperuit. Parvi enim refert, utrum totum, an pars aperiatur. Nam hoc ibidem Jurisconsultus dicit respectu Senatusconsulti illius, in quod æquè delinquit, qui partem aperit testamenti, antequam vindicata sit nex defuncti, atque is, qui totum: nec ad feudi sive emphyteuseos vel deteriorationem, vel alienationem trahi debet.

Nihil item resistit l. etiam si partis. 111. ff. de legat. 1. 436 ubi etiam tutor partis bonorum, si à tutela se excuset, toto eo privatur, quod ipsi testamento est relictum. Licet enim quis partis tantum bonorum pupilli tutor sit: tamen nihilominus tutor est: & cum totum detrectet tutelæ officium: meritò & omni beneficio legati vel fidei commissi carebit. Secus autem est, si quis partem tantum rei emphyteuticæ sive feudalis deterioraverit. Is siquidem totum deteriorasse dici non potest. Rittershus. loco antè notato.

Similiter nihil movet l. eadem dicemus. 4. §. Cato. vers. quamvis. ff. de verb. obligat. quem textum Angelus; Iason, Carol. Ruinus, & plerique Dd. in hanc sententiam interpretantur: quod obligatus sub certa pœna de non faciendo aliquid, si contrafaciat sive contraveniat in parte, totam pœnam vi ipsa incurrat. Verius namque est, ex specie istius §. evinci posse, quod pœna committatur pro parte contraventionis tantum: ne

egregiè contra alios demonstravit Carolus Molinaus (sub nomine Casparis Caballini) in tract. dividui & individui. 3. part. principal. num. 522. & seqq.

438 Cum satis jam explicatum sit emphyteutam propter deteriorationem rei emphyteuticæ jure suo privandum esse: inde inferitur; emphyteutam, qui arbores fructiferas incidit, etiam jus suum perdere: quandoquidem ejusmodi arbores incidendo, fundum emphyteuticum deteriorem reddere dicitur, l. si cuius 13. §. fructuarius. 4. ff. de usufruct. l. & eleganter. 7. §. non solum. 3. ibi, arbores excidit, vel extirpavit. ff. de dol. mal. l. 2. ibi, arbores deiecisset, &c. ff. si usu. fruct. petet. & l. in fraudem. 45. §. conductor. 13. ibi, arbores pomiferas cadere, ff. de jure fisci. ibique Bartol. Clarus in §. emphyteusis. question. 26. num. 2. Guilie/m. Redoan. in tract. de reb. eccles. non alienand. de caducitate ob rei deteriorationem. in princ. pag. 505. Paul. de Monte Pico in repetit. l. Titia. 34. §. Titia, cum nubere. 7. ff. de legat. 2. Menoch. de arbitrar. jud. quest. lib. 2. cent. 1. cas. 78. num. 7. Tobias Non. conf. 58. num. 20. Ioan. Hannibal. in l. nemo potest. 55. num. 168. ff. de legat. 1. Tiraquell. de retract. convent. §. 3. gl. 1. & unica, num. 24. Pinel. ad l. 1. C. de bon. matern. part. 2. num. 60. vers. idem emphyteuta, &c. Corbulus in tract. de jur. emphyt. cap. 13. num. 2. pluresque alii, per eos congesti.

439 Sed intricata pulchræque quæstionis est: an emphyteuta, si fructiferas arbores à se positas inciderit, privationis pœnam mereatur? Et mereri, verior traditio est. Cum enim arbores, ab emphyteuta plantatæ, pars soli esse judicentur. l. fructus. 44. ff. de rei vindicat. l. ult. §. fructus. 6. ff. quæ in fraud. creditor. l. sed si meis. 26. §. arbor. ff. de acquir. rer. dom. & ratio non permittat, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundo radices egerit, l. adeo quidem. 7. in fin. ff. eod. t. & §. si Titius alienam. § 1. f. de rer. divis. &c. consequens est; arborum, in prædio emphyteutico ab emphyteuta insertarum, dominium ad illum, cujus est solum, spectare: atque adeo emphyteutam eas incidendo, ipsum prædium deteriorasse, remque emphyteuticam violasse censerì: ac proinde privationis pœnam meritò incurrere. D. Bocer. d. class. 2. disput. 14. thes. 86. edit. 2.

441 Nihil officit, quod objicitur à dissentientibus (nimirum Francisco Beccio conf. 33. num. 7. & alius, quorum meminit Corbulus d. c. 12. n. 2. ad finem) dominum amittere quidem lucrum, sed nullo affici damno, si fructifera arbores, ab ipso emphyteuta plantatæ, incisæ fuerint. Respondetur enim: arbores istas, quoniam solo inhæserunt, ratione directi dominii acquisitas esse domino, ad quem directum soli dominium pertinet: ita ut ex illarum incisione dominus non sperato, sed quæsito jam lucro privetur. Lucri autem, quod quæsitum est, idem, ac damni, jus habetur, argum. l. liberti octoginta. 26. ff. de

442 bonis libertor. Cravett. consil. 764. num. 3. & seqq. Quod autem diximus, emphyteutam fructiferas incidendo arbores jure suo cadere, id non procedit, quando emphyteuta, qui arbores frugiferas incidit, alias æquæ fructiferas in earum locum supplantavit & substituit, arg. d. l. in fraud. 45. §. conduct. 13. ibi, non substitit. alius. ff. de jure fisci. Hujusque ratio manifesta est: quia emphyteuta, in locum arborum incisarum alias æquæ fructiferas & fecundas substituens, prædium emphyteuticum per istam incisionem deterius fecisse non intelligitur: ut sentiunt, post alios complures, quos citant, Capoll. de servit. rustic. prædior. c. 22. de montibus, num. 13. Guilie/m. Redoan. d. tract. de reb. eccles. non alien. de caducitate ob rei deteriorationem vers. & ut dissentiat. n. 13. p. 510. Tiraquell. de retract. convent. d. §. 3. gl. 1. num. 26. & Corbulus d. c. 13. n. 28. Qui duo posteriores plures limitationes, in praxi diligenter notandas, recensent.

443 Præterea emphyteuta amittit emphyteusim, si domino apochas fiscales (de quibus supra num. 393.) tempore debito non reddiderit. l. C. de jur. emphyt. Borcholt. in Com-

444 mentar. de feud. c. 3. num. 18. Ut & si volens jus suum emphyteuticum aut meliorationes vendere, id domino prius non denunciaverit: ut is, si volet, præferretur: aut denunciaverit quidem, sed ante emensum duorum men-

sium spacium, antequam declaraverit se dominus, alii vendiderit: tum etiam, si non petierit à domino, ut facta quovis modo alienatione, novum emphyteutam in possessionem fundi emphyteutici induceret, aut si quidem id desiderarit, antequam tamen dominus se declaret, intra menses duos ipse fundum emphyteuticum tradat ei, in quem alienavit: & denique si domino quinquagesima pars precii aut æstimationis non præstetur, l. ult. C. de jure emphyt. Donell. lib. 9. Commentar. de jure civ. c. 14. D. Bocer. class. 2. Disput. 14. thes. 90. edit. 2. Si igitur do- 445 minus non plus, quam duos menses, ad approbandum, & in possessionem inducendum emphyteutam emptorem habet: etiam emphyteuta, qui inductionem testatò sub pœna privationis requirere tenetur, hanc requisitionem ultra duos menses differre non poterit. Quia Justinianus in d. l. ult. post factam requisitionem, an dominus emere velit, & post lapsum duorum mensium, emphyteutæ alienandi emphyteusim sine alio domini consensu potestatem concedit: & simul domino imponit, ut emptorem seu novum emphyteutam intra duos menses recipiat: imponit etiam emphyteutæ sub pœna privationis, ut investituram petat, & laudemium (dictum ex eo, quod dominus laudat & approbat contractum, sive personam novam alibi eis duntaxat, Nov. Leon. 13. est quinquagesima pars precii rei emphyteuticæ alienatæ, d. l. ult. C. eod. Althus. l. 1. discolog. c. 77. n. 14. p. 266.) solvat. d. l. ult. C. de jur. emphyt. Clar. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. q. 23. Quod 446 autem Doctores communiter statuunt emphyteutam habere annum & diem à tempore scientiæ, ad investituram & confirmationem petendam, Iason in l. 2. n. 23. C. de jur. emphyt. Roman. consil. 22. num. 6. & alii, ab his allegati: idem in casibus, qui in d. l. ult. C. eod. expressi sunt, locum habere nequit: quoniam cum in iis certum jus sit constitutum; Doctorum opiniones ut quis sequatur, non necesse est. Et propterea his tum relinquitur locus, ubi certum jus deficit: veluti si quis post lineam finitam, & emphyteusim devolutam, tanquam proximior, à domino dere devoluta se investiri petit, secundum doctrinam Bartoli, & aliorum in l. 1. §. permittitur. ff. de aq. quot. & astiv. vel si res ad certum tempus cum pacto fuit concessa, ut finito tempore emphyteuta renovationem emphyteuseos petat. His enim casibus quia jure civili nihil est dispositum aut cautum, non malè jus feudorum sequimur: ut hanc sententiam communem dicit Socinus consil. 167. num. 42. lib. 2. & probat Iason in l. 1. num. 60. Cod. de jur. emphyteut. hosque referens, Dn. Obrecht in eleganti disput. 36. de jur. emphyteut. th. 321. & seqq.

Indubitata sanè conclusio est: emphyteutam, qui ir- 447 requisito domino, & sine denunciatione præfata, rem vectigalem sive emphyteuticam alienavit, jure suo cadere, sæpe allegata l. ult. C. de jur. emphyt. ibique Bartol. Bald. Salicet. Iason. Sichardus, & Dd. communiter. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 8. p. 504. & seqq. Quæ conclusio ampliatur, ut procedat, etiam si juris ignorantia lapsus emphyteuta prædium emphyteuticum, non consentiente domino, alienaverit. Siquidem à pœna privationis propter juris ignorantiam minimè excusatur, argumento l. leges sacratissimæ. 9. C. de legib. & l. constitutiones 12. C. de juris & facti ignorant. Imò ne ru- 448 stico quidem, mulieri & militi jura contractus ignorare licet, arg. l. ult. C. eod. tit. ac proinde ob alienationem, irrequisito domino factam, à jure suo cadunt, ut tradidit Baldus in c. 1. quest. penult. de controvers. inter domin. & emptor. feudi tit. 42. lib. 2. feudor. Iason in d. l. ult. n. 178. & seqq. C. de jure emphyt. Tiraquell. de retract. convent. §. 4. gloss. 7. n. 17. Guilie/m. Redoan. in tr. de rebus eccles. non alienand. de caducitate ob rei alienationem. vers. emphyteuta quoque. num. 12. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 14. ampliatur. 46. At quid dicen- 449 dum, si emphyteuta post alienationem & traditionem illicitè factam recuperaverit rem emphyteuticam: nunquid hoc casu pœnam privationis evitabit? Nequaquam: quia statim alienatione facta, jus domino fuit quæsitum, quod ipsi absque suo facto & consensu auferri, aut per redemptionem rei venditæ tolli nequit. l. 1. §. si rem. 25. ff. de-

- ff. depositi. l. quidam. 10. in fine principii, & l. rogo. 21. ff. de fideicommissar. libertat. l. id. quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. c. 1. quid juris, si post alienationem feudi vasallus id recuperaverit. tit. 44. lib. 2. feudor. Bartol. in l. sequitur. 4. §. item Labeo. 10. ff. de usurpat. & usucapadem Bartol. & Paul. de Castr. in d. l. 1. §. si rem. ff. depositi. rursus idem Bartol. post Guielmum de Cui. in l. si quis libellos. 28. in fine. C. de appellationib. Socin. Jun. consil. 20. n. 38. vol. 1. Soarez. in thesaur. recept. sent. in ve. b. emphyteusis. num. 78. Guido Papa consil. 192 num. 1. Clarus lib. 4. sent. §. emphyteusis. q. 1. num. 6. aliq. per eum adducti.*
- 450 Magna inter Doctores de hac quaestione disputatio est: An emphyteuta, si fundum emphyteuticum, absque consensu domini alienatum, incontinenti recuperet, effugiat pœnam caducitatis sive privationis? Et in affirmatam, tanquam æquiorē, sententiam plerique concedunt, *Salicet. num. 20. & Iason. num. 136. in l. ult. C. de jur. emphyteut. Iacob. de Nigris in repetit. l. si insulam. 48. n. 299. & 304. ff. de verb. oblig. Ambros. de Opizonib. in repetit. l. filius familias. 114. §. divi 11. num. 166. ff. de legat. 1. Roman. in d. l. sequitur. 4. §. item Labeo 10. ff. de usurpat. & usucap. Anton. de Butr. in c. potuit 4. n. 10. extr. de locato, & in consil. 34. sub num. 2. vers. de equitate tamen. & c. & Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. p. 523. n. 48. Sed conclusio negata (quam amplectuntur Alberic. de Rosat. colum. 3. & Sichard. n. 2. in d. l. ult. C. de jur. emphyteut. Imola in d. c. potuit. n. 48. extr. de locat. Alexand. in l. si a me. 29. num. 4. ff. ad leg. Falcid. & post alios, quos citat Corbuius in tractat. de jure emphyteu. c. 14. ampliati. 29. sub num. 2. vers. ceterum etsi supradicta declaratio, & c.) verisimilior esse videtur.*
- 451 Eaque confirmatur argumento textus in d. tit. 44. lib. 2. feudor. ubi dicitur; vasallum, qui illicite feudum alienavit, licet postea recuperaverit, privationis pœnam non
- 452 evitare. Et quamvis vocabulum (*postea*) in isto textu positum, à quibusdam de longo temporis intervallo accipiat: natura tamen illius distinctionis ostendit, ea quoque, quæ in continenti sequuntur, postea facta dici. *l. quotiens. 9. §. si quis ita scripserit. 14. ubi Bartol. ff. de heredib. instituend. Deinde emphyteuta per alienationem prædii emphyteutici ipso jure caducitatem incurrit, & jus suum amittit, idque domino applicatur. d. l. ult. ibique*
- 453 *Elbertus Leoninus. num. 1. C. de jur. emphyteut. Quod quidem jus domino acquisitum, ei invito & dissentienti adimi haud potest. l. fin. ff. de pact. dict. l. id. quod nostrum. 11. ff. de reg. jur. Adimeretur autem domino invito jus suum semel acquisitum, si emphyteuta, qui privationis pœnam, propter alienationem illegitimè factam, incurrit, per revocationem venditionis pœnam istam declinare & evadere posset. Quare omnino statuendum est: emphyteutam, qui non consentiente domino, prædium emphyteuticum alienavit, pœna privationis non eximi, etiam si protinus alienationem factam retractaverit.*
- 454 Hanc conclusionem non infringit textus in d. c. potuit. 4. extr. de locato. ubi expressum est, quod emphyteuta jus sibi competens alienando, vel in solutione canonis cessando, expelli possit, nisi celeri satisfactione sibi consulat. Nam certum planumque est, celerem satisfactionem, de qua ibidem agitur, non posse, neque debere ad prædii emphyteutici redemptionem referri. Satisfacere siquidem domino dicitur emphyteuta, quando canonem annuum exolvit: non autem, cum prædium, domino inscio & inconsulto venditum, redimit & recuperat, arg. *l. 1. ff. qui satisdare cogantur, & c.*
- 455 Eandem decisionem non enervat *c. si quis presbyterorum. 6. extr. de reb. eccles. alienand. vel non. ubi Prælatus, in continenti recuperans prædium Ecclesiæ contra leges alienatum, excommunicationis pœnam evitat. Etenim ex eo evinci non difficulter potest, excommunicationis pœnam non in illum, qui vendit tantum, vel consentit venditioni sive alienationi rei ecclesiasticæ, simpliciter constitutam esse: sed requiri, ut in venditione seu alienatione illegitimè celebrata simul perseveret. At verò adversus emphyteutam, absque domini consensu jus suum vendentem, privationis pœna simpliciter constituta est; neque*

simul exigitur, ut aliquo temporis intervallo in illa venditione perseveret. *dict. leg. ult. C. de jure emphyt. Acque hæc interpretatio ex verbis dicti cap. satis luculenter probatur. Ait namque ibi Symmachus Papa: alienatorem anathemate feriendum, si celeri restitutione sibi non prospexerit. Quibus ex verbis colligitur: non simpliciter prælatum propter alienationem excommunicari: sed accedente demum perseverantia huic pœnæ subjici. Posset fortassis & hoc, in d. c. si quis presbyterorum, alienatorem, si rem illegitime venditam mox revocet, facilius à pœna excommunicationis liberari: quod ex alienatione isthac, contra leges facta, nullum jus Ecclesiæ, cujus ad præjudicium alienatio tendit, quæsitum fuerit. Quod nostro in casu secus est. Quandoquidem per alienationem, domino non requisito, factam, hoc ei jus acquiritur, ut emphyteutam statim expellere possit, crebrò citata *l. uli. Cod. de jur. emphyteut. Quod certè jus ipsi invito & reluctanti per alterum auferri non potest, neque debet, d. l. fin. ff. de p. et. & d. l. id, quod nostrum. 11. ff. de reg. jur.**

Nostram quoque opinionem non hebetat, *l. divortium. 3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

456 *3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

457 *3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

458 *3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

459 *3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

460 *3. ff. de divortius & repud. ubi mulier, quæ divertit à marito, non dicitur divertisse; si mox ad suum maritum reversa est. Nec enim in specie illius legis per celerem reditum ad maritum revocatur divortium: sed potius nullum fuisse declaratur. Divortium quippe (ut Paulus ibi loquitur) non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem sit. Itaque quicquid in calore iracundia, vel fit, vel dicitur: non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divertisse videtur. Ex quibus Jureconsulti verbis liquidò constat: divortium, ante perseverantiam declaratam, nullum esse. Ast in venditione rei emphyteuticæ secus est: quoniam*

Denique nostro pronunciato nihil decerpit *l. si in lege. 24. §. colonus 4. vers. quod si paucis. ff. loc. ubi intra paucos dies mora à locatore purgari potest. Nam illic propter paucorum dierum prohibitionem, à locatore factam, nullum jus agendi conductori acquiritur: cum is, propter prohibitionem exigui temporis, à locatore interpositam, nullum prætereundere possit incommodum. Actio autem non datur, nisi nostra interfit, arg. princ. & §. 1. in fr. tit. de action. Cæterum non interest conductoris, cui paucis tantum diebus utendi facultas per locatorem inhibita est. Atque hinc fit, ut conductor ob paucorum dierum inhibitionem mercedem locatori diminui non valeat. Sed in proposito themate statim ex eo tempore, quo venditio prædii emphyteutici, domino contradicente vel irrequisito, interposita est, hoc jus ipsi acquiritur, ut utile consequatur dominium idque ab emphyteuta avocare possit. Cum igitur species dictæ *l. si in lege. à nostra quaestione sit diversissima: nulla ex ea firma illatio duci potest Papinianus. 20. ff. de minorib. l. eum actum. 17. ff. de negoc. gest. l. qui fundum. 7. §. 1. ibi, propriam ac separatam conditionem habent. ff. pro emptore. l. inter stipulantem 83. §. sacram. vers. sed hac dissimilia sunt. ff. de verb. obligat. D. Collega Halbrutter. in tract. suo, de jure emphyteut. cap. ult.**

Prædicta porrò conclusio, qua diximus, emphyteuta alienando fundum emphyteuticum, domino irrequisito jus suum amittere, limitanda & temperanda est, ut non obtineat, si vendere tantum promisit. Aliud si quidem est vendere: & aliud, promittere venditionem, argument. *l. quod si nolis. 31. §. illud 18. ff. de edic. edict. l. non omnes. 5. §. ultim. ff. de re militari, Iason in l. fin. num. 134. Cod. de jur. emphyteut. Alexand. cons. 173. viso themate. col. 2. vers. secundo respondeo.*

- vol. 2. Roland. à Valle. consil. 69. num. 15. vol. 3. Ioan. Marta de Riminald. consil. 340. n. 19. vol. 3. Tiraguell. de retract. convent. §. 5. ad fin. tit. gloss. 1. num. 45. & Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. c. 14. limitat. 8.
- 463 Quinimò, etiam si emphyteuta in scio domino prædium emphyteuticum vendiderit: non tamen ad traditionem realem processerit, jure eum suo non privari crebrius placuit, argumento textus in c. Imperialem. §. callidis, ibi, feudum vendunt, & in alios transferunt, de prohib. feud. alienat. per Frid. tit. 55. lib. 2. feudor. Alberic. de Rosat. Salicet. & Iason. num. 132. & novissimè Ebertus Leoninus num. 2. in d. l. fin. C. de jure emphyteut. Ruin. consil. 163. lib. 1. Ioan. Maria de Riminald. consil. 217. lib. 2. Alexand. d. consil. 173. lib. 2. Molinaus in consuetud. Parisiens. §. 13. gloss. 5. n. 2. & 3. Ratio est: quia non dicitur alienatum, quod venditum quidem, sed non translatum est: cum verbum (vendere) cum effectu sit intelligendum, arg. l. 1. §. hæc autem verba. ff. quod quisque juris in alter. statuerit. l. penult. §. 2. in fin. ff. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi exim. l. alienatum. 67. ff. de verbor. signif. c. relatum. 4. ibi, cum igitur verba accipienda sint cum effectu. extr. de clericis non residentib.
- 465 Hinc mirificè ambigunt & rixantur Doctores: An emphyteuta, qui domino non consentiente prædium emphyteuticum vendidit, appposito in contractu venditionis pacto, quod nomine emptoris possidere prædium venditum velit, per hoc constitutum jure suo cadat? Et partem quidem affirmativam tenent Paulus Castrens. in l. 1. §. si rem. n. 11. ff. deposit. Anton. de Butr. consil. 43. Martin. Landens. in d. c. Imperialem. in princip. col. 2. vers. nota secundum, de prohib. feud. alien. per Frid. Guido Pap. consil. 147. col. 7. vers. imò & si foret. & consil. 192. col. 2. ult. Negusant. in tractat. de pignor. in 3. membro. 2. partis principal. in fin. Iul. Clarus lib. 4. sent. recept. §. emphyteusis. q. 13. n. 4. Roland. à Valle consil. 51. n. 27. & seq. vol. 2. aliq. prope innumeri, quos magno cumulo cumulat Corbulus in d. tract. de jure emphyt. c. 14. ampliatur. 30. ubi hanc communem, & frequentius receptam esse sententiam testatur. Contrariam verò & negativam partem sequuntur Jacobus Alvarott. in c. 1. in princip. col. 2. quid juris, si post alienationem, & c. in usibus feud. Antonius Rub. in repetit. §. morte, in l. non solum. 8. n. 479. ff. de oper. nov. nuntiat. & Carolus Molinaus in consuetud. Parisiens. d. §. 13. gloss. 5. num. 4. vers. sed contrariam. & c. ubi citat & alios. Quibus, utpote ratione non levi suffultis, & ego lubens meritoque accedo. Certo enim certius, & manifesto manifestius est; contractum venditionis emphyteuseos, domino irrequisito initum, ipso jure nullum esse, d. l. fin. C. de jure emphyt.
- 467 Ergo & pactum constituti, & quævis alia clausula illi contractui inserta, nullius momenti erit. Corruente namque principali contractu, corruunt etiam & vitiantur pacta, tanquam accessoria, ipsi adjecta, l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. & c. accessorium. 24. eodem. tit. 6. Inde fit; ut per constitutum, contractui inutili adjectum, neque dominium, neque possessio transferatur. Ideoque emphyteuta, qui in contractu, absque voluntate ac consensu domini inito, tale constitutum apposuit, seque nomine emptoris possidere dixit, nullam per hujusmodi constitutum possessionem, nullumque dominium transtulisse, adeoque nec ullam privationis pœnam incurrisse intelligitur. Sed hac de re paulo explicatius Molinaus d. §. 13. gl. 5. n. 5.
- 468 Emphyteuta insuper ob mendacium jure suo privatur. Etenim si scienter neget, se esse emphyteutam, & rem esse emphyteuticam, & postmodum mendacii convinca- tur, haud dubiè emphyteusin perdit. Quia cum negando in re ipsa peccet: justum est, ut quoque privatione rei puniatur, argumento l. ex facto. 43. §. Iulius Longinus. ff. de vulg. & pupill. substitut. l. consensu. 8. §. hæc nisi. C. de repud. l. quicumque. 14. C. de Episcop. & cleric. & c.
- 469 fin. ext. de immunit. Ecclesiar. Confert huc text. in §. vasallus si feudum. & §. vasallus feudum tit. 26. lib. 2. feudor. ubi expressè cavetur: quod, si vasallus inficietur feudum, vel feudi partem, aut ejus conditionem,

postea de mendacio convictus, feudum, & ejus conditionem perdat. Et ita tradit Speculator in tit. de locato. §. nunc aliqua (ut vulgò citari solet) vel potius in 1. de emphyteusi, quæst. 65. num. 82. idque fusissimè declarat Corbulus in tract. de jure emphyteut. cap. 1. num. 2. & subsequ. Et sanè quemadmodum in proposito, ita & multis casibus aliis mendacium punitur. Primum enim heres, qui negat, rem legatam esse hereditariam, in mendacio deprehensus, amittit beneficium legis Falcidiae in illo legato, l. hereditarium. 68. (alias est l. computationi) §. ultim. ubi Bartol. Castrens. Alexand. & alii. ff. ad leg. Falcid. Secundò, qui negat legatum ad pias causas à se relictum, is duplum solvere cogitur: imò non solum ob inficiationem; sed ob dilationem quoque solutionis, lis inficiando hic crescit. §. ex quibusdam. 7. infr. de obligat. qua q. ex contract. nasc. §. vi autem bonor. 19. & §. in duplum. 23. infr. de actionib. Tertiò, si quis, cum semisse hæres esset, in iure interrogatus responderit, se ex quadrante heredem esse; mendacii hanc pœnam feret, ut in solidum conveniatur. Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat, inquit Ulpianus in l. de atate. 11. §. si cum esset. 3. ff. de interrogationib. in jure faciend. Quartò, possessori, qui possessionem rei inficiatur, aufertur illa, & adjudicatur actori, qui rei vindicationem adversus eum instituit, ut est textus in l. ult. ff. de rei vindicat. Quintò, fidejussor, qui negat, se fidejussisse pro aliquo, convictus perdit beneficium divisionis, quod alias ex epistola Divi Hadriani inter plures fidejussores locum habet, l. si dubit. 10. §. ita demum. ff. de fidejussorib. Hippolyt. de Marsil. in rubric. dicti tit. n. 380. Sextò, socius, qui actione pro socio conventus negat, se socium esse, perdit beneficium competentiae, quod alioquin haberet, videlicet ne in solidum condemnatur; & jam propter mendacium istud in solidum tenetur, non autem in quantum facere potest, l. si unus. 67. in fin. ff. pro socio. & l. sed hoc ita. 22. §. ult. ff. de re judic. Septimò, qui abnegat propriam scripturam, is convictus beneficium exceptionis non numeratæ pecuniæ amittit: imò in duplum quoque condemnatur. Auth. contra qui propriam. C. de non num. pecun. Novell. 18. cap. 8. Octavò, qui depositum abnegat certis quibusdam casibus (ut incendii, ruinæ, naufragii, vel tumultus causa factum) is pœnæ causa in duplum condemnationem subit. l. 1. §. 1. ff. deposit. d. §. in duplum. 23. & §. sed furti. 26. infr. de actionib. Plures casus, quibus punitur mendacium, referunt Iason ad l. quod te mihi. 5. ff. de rebus credit. si cert. pet. & Anton. Tressaurus decis. 50. hosque citans Conradus Rittershus. lib. 2. partitionum feud. c. 5. q. 41. p. 421.

Tandem emphyteuta amittit suam emphyteusin, si debitum canonem vel pensionem in civili emphyteusi intra triennium, l. 2. C. de jure emphyt. in ecclesiastica intra biennium non solverit. Novell. 7. c. 3. §. scire autem. & Novell. 120. c. 8. & Auth. qui rem C. de SS. Eccles. c. potuit. 4. extr. de locato. Iul. Clar. libr. 4. sentent. §. emphyteusis q. 8. num. 1. Aurel. Corbul. in tractat. de jur. emphyteut. c. 15. Dominicus Cardinalis Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 1. & seq. Frider. Pruckman. consil. 17. q. 3. n. 118. vol. Matthias Berlichius conclus. practica. part. 2. concl. 46. num. 1. ubi ad hanc conclusionem, utpote receptissimam & notissimam, plures allegat.

Hæc conclusio primò procedit, etsi emphyteuta à prædii domino nunquam sit interpellatus, d. c. potuit. in fin. extr. de locat. Quia neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare: sed unum quemque decet ultro offerre se, & debitum spontaneâ voluntate persolvere, d. l. 2. vers. cum neminem, & c. C. de jur. emphyteut. quia, inquam, unusquisque ea, quæ promissit, in memoria sua servare debet, nec exposcere, ut ab aliis sibi manifestentur: vel quia, ut vulgò dicitur, etiam dies interpellat pro homine, l. magnam. 12. in fin. C. de contrah. & committ. stipulat. Iason. n. 35. Sichard. n. 30. & Corasius n. 23. ad d. l. 2. C. de jur. emphyteut. Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. quæst. 19. de solutione canonis emphyteutic. num. 6. pag. 433. & quæst. 24. cap. 2. num. 2. pag. 495. Bronchorst. cent. 1.

Miscellan. controvers. assert. 42. Donell. lib. 9. Comment. de iur. civil. cap. 15. pag. 456. num. 10. Althus. lib. 1. dialog. cap. 77. num. 32. p. 268.

482 Deinde hæc conclusio locum habet, etiam si emphyteuta non totam pensionem, sed tantum partem ejus non solverit, arg. l. in executione. 85. §. item si ita. 6. Paulus Castrensis. ff. de verb. oblig. l. fistulas. 78. §. qui fundum. 2. ff. de contrah. empt. §. l. quamdiu. 6. C. de sistract. pi-

483 gnor. Ratio est evidens: tum quia conditio, si pensio non solvit, est individua & negativa: quæ si in parte deficit, in totum falsa redditur, l. cui fundus. 56. ff. de con-

484 dit. & demonstr. Tum quia partis solutio fieri non potest invito creditori: ac proinde neque hic domino, l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. §. offerr. 8. ff. action. empt. l. quidam existimaverunt. 21. ibique Donell. & Dd. ff. de rebus credit. l. ob signatione. 9. C. de solutionib. l. plane. 3. & l. his consequenter. 18. §. Celsus. 4. ff. famil. ercisc. Gædæus ad l. minus. 32. num. 9. ff. de verb. significat. Bronchorst. cent. 1. assert. 63. ed. 1. & noviter Arumans Exercitatus. Justin. 16. thes. 2. Tum quia pensio in recognitionem domini solvitur: unde emphyteuta dominum contemnere dicitur, si non integram pensionem, secundum legem conventionis, persolvit. Ubi enim ex conventionem sive pacto expresso aut tacito aliquid debetur, etiam minimum attenditur. Decius in d. Auth. qui rem n. 18. C. de SS. Eccles. Speculat. in tit. de emphyteusi, quest. 29. num. 40. Gozadin. consil. 57. num. 15. & consil. 69. num. 8. Sichard. in d. l. 2. num. 6. C. de jur. emphyt. & ibidem Leoninus num. 5. Iohan. Francisc. Purpurat. consil. 484. num. 6. Roland. à Valle consil. 17. num. 14. volum. 2. & plures alii, quos refert & sequitur Corbulus d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 5. ubi num. 7. dissentientes allegat Guidonem Papæ decis. 174. Petram Benintendum decis. 6. Paulum de Monte Pico in Auth. praterea. num. 12. C. unde vir. & uxor. & Iasonem in d. l. in executione. 85. §. item si ita. ff. de verb. obligat. Vide quoque aliter sentientem Fachinæum lib. 1. controversiar. iur. c. 96.

485 Tertiò hæc conclusio vera est, tametsi dominus generaliter & simpliciter promiserit, se emphyteutam non expulsum. Siquidem ista promissio generalis de non expellendo emphyteutam, non tollit ea, quæ emphyteuta ex natura contractus servare tenetur: sed hanc in se tacitam conditionem habet, si emphyteuta nihil committat, propter quod justè expelli possit, argumento l. quero. 54. §. inter locatorem. ff. locati. Salicet. in d. l. 2. n. 3. Alberic. de Rosat. n. 4. & Iason. num. 34. C. de jur. emphyt. Signorolus de Homodeis in l. ubi ita donatur. 27. num. 11. ff. de mortis caus. donationib. Anton. de Butr. num. 11. & Imola, num. 57. in d. c. potuit. 4. extr. de locato, hosque citans Corbulus d. c. 15. ampliat. 2. Idque nonnulli ad promissionem etiam jurejurando firmatam extendunt, arg. l. ult. C. de non num. pec. c. pervenit. 3. quemadmodum. 25. extr. de jurejurand. can. beatus. 22. quest. 2. Baldus in l. fin. vers. secundo queritur. ff. qui satisfac. cog. Iason. in l. cum proponas. 21. notab. 6. C. de pactis eosque allegans Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteutici, conclus. 237.

486 Quartò hæc conclusio obtinet, licet res in emphyteusim concessa, esset magni valoris ac precii, & pensio esset minima, fortè unius tantum nummi. Quia d. l. 2. C. de jure emphyt. privans emphyteutam ob non solutum canonem, indistinctè loquitur: proindeque indistinctè accipi debet, arg. l. de precio. 8. ff. de Public. in rem act. & quia nummus ille surrogatur in locum totius census sive pensionis legalis de consuetudine, juxta Bald. in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. quia denique in constituenda pensione, quæ solvitur ab emphyteuta, magis recognitio domini, quam emolumentum ipsius concedentis, consideratur. Et propterea cum eadem sit ratio in magna pensione, quæ in minima: meritò utrobique idem jus servatur, l. à Titio. 108. ff. de verb. obligat. Atque ita tenent Bartol. num. 5. Iason. num. 16. & Dd. communiter in d. Auth. qui rem. C. de SS. Eccles. Ripa in l. fin. C. de revocand. donat. num. 130. Ruin. consil. 167. num. 10. vol. 1. Barbat. consil. 26. in fin. vol. 2. Tiraquell. in retract. convent. §. 4. gloss. 6. num. 26. in fin. Afflict. decis. 80. num.

2. Socin. consil. 167. non inutile num. 7. in fin. vol. 2. Guilielmus Mayner. in l. imaginaria venditio. 15. num. 2. ff. de reg. jur. Clarus in d. §. emphyteusis, quest. 8. num. 3. & D. Obrecht. Disputat. 36. de jur. emphyteut. thes. 338. & seq.

Quintò hæc conclusio militat etiam in emphyteuta, 488 qui sub magno canone, & annuis fere fructibus respondente, emphyteusim accepit, & qui sterilitatem passus est. Cum enim non reperitur prohibitum, ut emphyteusis pro pensione, annuis fructibus correspondente, concedatur; sequitur, illud esse permissum: ac ea propter emphyteutam non excusari, si ob sterilitatem per triennium canonem non solvit, arg. l. 1. C. de jur. emphyt. & presentis §. Solutionem siquidem pensionis non fieri in recognitionem fructuum perceptorum, sed in recognitionem domini, exploratum est, ut notavit Imola in d. c. potuit. n. 41. ext. de loc. Obrecht. d. Disp. 36. th. 364. & Alvarus Valasc. in tract. de jur. emphyt. q. 27. n. 7. ubi ita communiter Doctores tenere profitetur. Et eandem sententiam, multis utramque in partem relatis auctoritatibus, uberius explicuimus supra num. 379. & seqq.

Sextò hæc conclusio locum sortitur, quamvis ab ini- 489 tio contractus convenerit, ut pensio suis quaque temporibus præstaretur, & nisi præstaretur, dominus pœnam sit stipulatus, ut trad. gloss. in d. l. 2. in verb. repell. ibiq. Alberic. Rojatus num. 8. Salicet. num. 18. Bald. n. 12. & Iason. num. 139. aliq. commun. C. de jur. emphyt. Neque dicendum est: hanc pœnam ideo adjectam esse, ut eâ dominus contentus sit, & pœnam legis remittat: quia hæc pœna adjecta est domini causa, & ut aliquid ad obligationem accedat. Ideoque per hanc pœnam à beneficio ejectionis, quod jure communi competit, recessum non videtur. Cum enim aliquid obligationi accedit, per hoc ab ea obligatione recessum non intelligitur, arg. l. si se non obtulit. 4. §. si ex conventionem. 4. ff. de re judicat. Bronchorst. cent. 1. in verbo Πάσων. assert. 54. circa princip. edit. 1. Donell. lib. 9. Commentar. de iur. civil. cap. 15. pag. 455. num. 50. Enimverò dominus & pœnam petere, & simul jure commissi uti (secundum receptam sententiam, quam aliquot rationibus impugnare conatur Sichardus ad d. l. 2. num. 15. C. de jur. emphyt.) non potest: sed alterum eligere debet: nisi expressè & specialiter actum sit, ut utrumq; fieri vel exigi possit. l. rescriptum. 10. §. si pact. ff. de pact. l. apud. Celsus. 4. §. Labeo ait. 7. ff. de doli mali, & met. except. l. si duo. 34. §. fin. ff. de recept. qui arbitrium, & c. l. pradia. 28. & l. Lucius. 47. ff. de actionib. empt. Gloss. in d. l. 2. verb. repellere. vers. sed tamen, & ibi Salicet. num. 19. Iason. num. 144. & Corasius num. 21. C. de jur. emphyteut. Speculat. ad tit. de emphyteus. num. 46. & 47. Corbul. d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 9. n. 8. & Dn. D. Halbritter. in Disputat. de jur. emphyt. Respondente D. Bassoio th. 41.

Septimò hæc conclusio non solum in re vectigali, vel 490 in ipsa emphyteusi; sed etiam in meliorationibus locum sibi vendicat. Placet enim, emphyteutam nihilominus, quantumvis multas meliorationes in fundo emphyteutico instituerit, ob non solutum canonem ejici posse, & meliorationes unâ cum fundo ad dominum ita redire, ut earum nomine nihil domino possit objici, d. l. 2. vers. nulla ei in posterum, & c. C. de jur. emphyt. Neque iniquum est, hoc adversus emphyteutam statui: ut nimirum in eo culpa suæ pœnam luat, testante Donello. d. l. 9. Comment. c. 15. pag. 455. num. 40. & Obrecht d. Disp. 36. th. 366. Atque ita ante illos tradiderunt. Bart. & Castrensis. in l. colonus. 61. in fin. ff. locati. Baldus in rubr. Cod. de jur. emphyteut. num. 4. Iason in dict. l. 2. num. 27. Cod. eod. Decius consil. 518. num. 2. Roland. à Valle consil. 28. num. 16. vol. 1. Guido Pap. decis. 438. emphyteuta. num. 3. Guiliel. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 17. c. 3. num. 2. & seq. pag. 406. Iulius Clarus ex communi Dd. sententia lib. 4. sent. recept. §. emphyteusis. q. 45. ubi id locum habere inquit, tam in emphyteuta Ecclesiæ, quam in emphyteuta privati. Eadem de re prolixè disputant Franciscus Sarmientus lib. 3. selectar. interpretation. cap. 4. & D. Christophorus Besoldus in delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 11. pag. 514.

- 491 Octavo huic conclusioni locus est, etiam si dominus post cessationem triennii pensionem ab emphyteuta acceperit, ut docet Donellus *d. lib. 9. Commentar. de jure*
- 492 *civ. cap. 15. pag. 456. num. 20. & seq.* Verum quia hæc disputatio (an scilicet, & quando præsumatur dominus remisisse pœnam caducitatis, recipiendo canonem ab emphyteuta) egregia quidem est, sed ardua & difficilis, teste Menochio *in tract. de præsumptionib. lib. 3. præsumpt. 112. in princip.* quatuor præcipue casus considerandi veniunt. Primus est: si dominus simpliciter, nulla adhibita protestatione, solutionem canonis pro tempore præterito ab emphyteuta accepit. Et hoc casu receptissima doctrina est: caducitatis pœnam (uti vulgò loquuntur) dominum præsumi remisisse, & juri suo renunciassse, gloss. Zabarella & Imola *in d. c. potuit. ext. de locato Alex. conf. 113. n. 3. lib. 4. Ruinus conf. 111. n. 4. & conf. 151. n. 12. l. 1. Paris. consil. 108. n. 44. lib. 1. conf. 3. num. 201. lib. 4. & alii, quos recitat Menochius d. præsumpt. 112. num. 1. & in tract. de recuper. possess. remed. 9. num. 152.* At contraria opinio Bartoli *in d. l. 2. nu. 8. C. de jur. emphyt.* probabilior esse videtur: nempe dominum, qui post lapsum triennii pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ non intelligi renunciassse: tum quia pensio præteriti temporis non pro re ipsa, sed pro usu rei jam præterito præstatur: tum quia dominus non censeri potest
- 494 illi rei renunciassse, pro qua omnino nihil accepit. Et sanè, pensione per triennium ab emphyteuta non soluta, duæ res simul domino deferuntur: pensio triennii, quæ pro usu præteriti temporis illi ex contractu emphyteutico debetur: & ager ipse emphyteuticus, cujus revocandi fit illi potestas, ure ob cessationem emphyteutæ. Quare cum utrumque simul domino deferatur: uno recepto, alterum non debet amittere, quemadmodum scitè, ita explicat. Donellus loco antè citato, & Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 1. cum seqq. ubi argumenta contraria diluit.*
- 495 Alter casus est: si dominus pensionem præteriti temporis cum hac protestatione accepit, quod rei emphyteuticæ vindicationem sibi salvam conservare velit. Hoc casu ut ab omnibus penè approbata, ita & verissima sententia est: caducitatem non censeri à domino remissam. Et enim si ea sententia vera est, nulla interposita protestatione: verior merito erit, si protestatio accessit: quia hæc mentem domini aperte declarat. Bal. & Iason *in l. 2. ff. si quis caution. &c. Curt. sen. in conf. 82. ad fin. Clarus*
- 496 *in d. §. emphyteusis. quest. 10. num. 1.* Tertius casus est: si dominus post triennii cessationem, pro futuro tempore pensionem recipit, nulla protestatione adhibita. Et tum sine ulla dubitatione caducitas remissa præsumitur. Eo namque ipso quod futuram, & nondum sibi debitam pensionem accipit, vindicationi rei emphyteuticæ renunciassse videtur. Contraria quippe sunt: in futurum pensionem recipere & rei emphyteuticæ vindicationem reservare: & ita eundem emphyteutam, & non emphyteutam haberi. Clar. *in d. q. 10. num. 1. vers. aut verò sumus in d. a-*
- 497 *bio. &c. Men. d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 19.* Quartus casus est: si dominus post triennii cessationem accepit pensionem in futurum, hac præmissa protestatione: quod rei vindicationi renunciare nolit. Hoc casu refert, an emphyteuta protestationi consenserit: an contradixerit: an verò omnino tacuerit. Priori specie rei vindicatio remissa non intelligitur: quia etsi hæc protestatio reputetur contraria facto: attamen possunt contrahentes voluntatem suam tacitam, uno modo apertam, contraria verborum declaratione apertius demonstrare, argument. can. Diaconi, 8. Distinct. 28. Ripa *in c. cum M. Ferrariens. n. 130. vers. primus casus, de constitut. & Ruinus conf. 151. num. 12. lib. 1.* At secunda specie rei vindicatio remissa videtur: quia protestatio domini, per expressam contrariam protestationem & contradictionem emphyteutæ sublata fuit, ut docuit Ripa *in d. c. cum M. Ferrariensi. num. 130. vers. secundus casus, de constitut. & Ruinus d. conf. 151. num. 12. vers. nec obstat. lib. 1.* Tertia verò & posteriori specie, cum sumus in dubio, rei vindicatio remissa censetur. Dum enim pensionem pro futuro dominus recipit, emphyteutam in sua emphyteusi confirmat, & eo ipso declarat, quod præcedentem contuma-

ciam atque pœnam remittat. Ita tenere multos congestos à Iasone *in d. l. 2. in princip. num. 4. ff. si quis cautionib. &c. & in dict. l. 2. num. 124. vers. item in quantum, &c. Cod. de jur. em. hyteut.* scribit Menochius *d. lib. 3. præsumpt. 112. num. 22. & seqq.* ubi contrariis argumentis sufficienter respondet. Atque prædictos casus omnes etiam ita explicat. D. Obrechtus *dict. disputat. 36. de jure emphyteut. thes. 348. usque ad l. 364.* De iisdem quoque, & similibus consulantur Aurelius Corbulus *in tract. de jur. emphyt. c. 15. limitat. 21. & Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 99.* Adde Alexandrum Trentacinium *lib. 3. resol. 7.* nec non D. Besoldum *in dict. delib. jur. ex lib. 6. Pand. tit. 3. num. 10. pag. 509. & seqq. itemque in thesaur. practico lit. H. num. 43. pag. 416. ubi allegat Antonium Monterum à Cueva, varie distinguentem, decis. 5.*

Nonò huic conclusioni relinquatur locus, etsi emphy-
teuta per ignorantiam in solutione canonis per triennium cessavit: ut quia rem esse emphyteuticam ignoravit: eò quòd fortè in jus alterius successit. Non enim inter scientem & ignorantem distinguendum est: cum mora re ipsa contrahatur: adeoque scientia personæ non exigatur. Et hoc de rigore juris ita obtinere tradit Julius
498 Clarus *dict. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quest. 8. num. 9.* siquidem de æquitate detur eo casu successoris sive heredi licet major sit 25. annis, ex generali clausula, *Si qua alia mihi iusta causa esse videbitur*, in integrum restitutio, *l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. majores 25. an. in integr. restit. & notat Accursius in dict. l. 2. in verbo, legem, quem D. Suchardus num. 25. & ceteri Dd. ibi communiter sequuntur. C. d. jure emphyteut.* Cæterum quòd Dd. communiter opinantur, heredem isto casu, ex prædicta generali clausula in integrum restitui posse: hoc falsum esse videtur D. Obrecht, *dict. disput. 36. thes. 372.* propterea quòd isthæc clausula ad absentes tantum, non etiam ad ignorantes pertineat, *l. nec non 28. ff. ex quib. caus. majores. &c.* Non tamen idcirco simpliciter negat idem Obrechtus, ignorantibus Prætozem non succurrere: quia
500 ex magna & iusta ignorantie causa omnino etiam ignorantibus opem fert, *§. si quis agens. 33. inf. de actionib. l. 2. ff. de in integr. restitutionib.* sed tantum negat, id fieri ex vi generalis illius clausulæ: cum ea duntaxat de absentibus loquatur, *d. l. nec non. 28. ff. jur. ex quib. caus. majores, &c.* Idem censet D. Banovius *in Disputat. de emphyt. Preside 1. Halbruter. ubi thes. 36. in fin.*

Decimò hæc conclusio etiam viget in minore 25. an-
502 nis. Nam & ipse legitimo tempore canonem emphyteuticum non solvens, pœnam privationis ipso jure incurrit: ita tamen, ut propter ætatis fragilitatem in integrum restitui debeat, *per tex. um in l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. vel cura.* ubi 25. annis minor ratione damni, quod ob non solum canonem emphyteuticum ex amissione prædij emphyteutici perpeffus est, adversus curatorem experitur: & sic ex illa lege perspicue constat, minorem in solutione canonis cessantem emphyteusi privari. Deinde hæc sententia probatur *l. si ex causa. 9. §. si in commissum. 5. ff. de minorib. 25. an.* ubi Ulpianus respondit; minorem, qui in commissum vectigalis incidit, restituendum esse. Igitur necesse est; minorem, propter vectigal non solum, ipso jure in commissum incidisse: cum alioqui, si ipso jure tutus esset, restitutio in integrum nulla dari posset, *l. in causa. 16. in princip. ff. eod. & similibus.* Præterea minor & Ecclesia in jure æ-
502 quiparantur, *cap. 1. ext. de in integr. restit. l. orphanotropho. 32. Cod. de Episcop. & Clericis.* Atqui Ecclesia possidens fundum emphyteuticum, à jure suo cadit, si iusto tempore canonem non solvit: quoniam ista resolutio inest ex natura contractus, *l. quero. §4. §. inter locatorem. ff. locari. Bald. in c. unic. numero. 10. de alienat. feud. in usib. feud. & in l. placet. §. numero. 3. & in Auth. qui rem numero. 4. Cod. de sacrosanct. Eccles. Speculat. in c. de emphyteusi. quest. 15. numero. 25. Iason. in lib. 2. numero. 48. Codice de jur. emphyt. & hanc communem esse opinionem, post alios, quos citat. restatur Corbulus *in d. tract. de jur. emphyt. c. 15. ampliat. 27.* Ergo & minor, canonem iusto tempore non solvens, jus*

503 jus suum amittit. Ad hæc confirmatur eadem assertio per textum in *c. Imperialem*. §. *præterea si quis infensatus, de probib. feudi alien. per Frider. tit. 55. lib. 2. feudor.* ubi expresse cavetur, quod minor, intra constitutum tempus investituram non petens, jure suo privetur. Quamobrem etiam canonem intra legitimum tempus non solvens, privationis pœnam subire debet.

504 Non obstat *l. non solum. 4. §. tot. tit. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. item l. sed si pecun. 3. §. si jus emphyteuticor. 4. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cura sunt, sine decr. &c.* ubi habetur, minorem 25. annis sine judicis decreto rem, etiam emphyteuticam alienare non posse. Jam verò si minor non solvendo canonem, jus suum amitteret; alienatio fundi emphyteutici, ad ipsum pertinentis, sine decreto judicis contingeret: quod jure prohibitum est, *legibus modò allegatis*. Non obstat, *inquam*. Nam alienatione quidem hominis, minor absque judicis decreto rem immobilem alienare nequit, *juribus supra adductis*. Ast hæc alienatio, quæ fit propter canonem non solutum, non est hominis, sed potius legis, utpote proficiscens ex dispositione dictæ legis 2. *C. de jure emphyteut.* Quæ sanè alienatio legalis minori non interdicta intelligitur, *arg. l. sine herede. 32. §. Lucius. 6. ff. de administrat. & peric. tutor.* Neque enim hoc casu minor, sed lex potius ipsa, quæ propter non solutum canonem, amissionem rei emphyteuticæ induxit, alienare censetur, *d. l. 2. C. de jur. emphyt.*

505 Non quoque refragatur *l. fin. C. in quib. caus. in integr. restitutio necessar. non est.* ubi dum Imp. Justinianus statuit, præscriptiones temporales minoribus non currere: inde inferri posse videtur; ob canonem intra biennium vel triennium non solutum, minorem jus suum non amittere. Hæc siquidem amissio, cum post triennii spacium contingat; præscriptio quædam esse putatur. Non, *inquam*, lex illa refragatur. In ea namque agitur de re minoris, per præscriptionem, sicque per solum temporis lapsum amittenda. At verò emphyteuta, intra tempus legitimum non solvens canonem, neutiquam propter temporis lapsum, sed propter legem contractus emphyteutici violatam, jure suo privatur. Est enim hæc lex & natura istius contractus, ut quotannis canon constitutus præstetur: & hanc legem emphyteuta maximoperè violat, si per integrum biennium vel trienniumolvere cessat: ac proinde hæc transgressio in causa est, ut jure suo privandus veniat.

506 Nihil item movet *l. 2. C. de fundis patrimonialib.* ubi Constantinus Imp. rescriptit, minoribus non nocere tardior solutionem. Etenim quod ibi dicitur, ad fraudem juris minorum non accedere, sive minoribus fraudi non esse, si præfixo tempore pensio ex fundo, quem possident, soluta non sit: non sic accipiendum est, quod ipso jure minores sint tuti; sed quod per restitutionem in integrum iis subveniatur, ut cessatio ista obesse illis non possit. Quæ enim per in integrum restitutionem fariuntur: non esse fraudi minoribus restitutis dicuntur, *l. si intra. 6. C. de in integr. restitut. minor.* Tametsi alii aliter dictam *l. 2. Cod. de fund. patrim.* exaudiant, ut videre est ex Corbulo *d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 28. num. 7. & Halbrittero in Disput. de jur. emphyteut. de anno 1602. Respond. Bansonio. thes. 34. sub lit. a.* Ex quibus omnibus jam expositis manifestum evadit: minorem 25. annis, ob canonem emphyteuticum non solutum, ipso jure emphyteusim amittere: ita tamen, ut in integrum restitutionis beneficio illam recuperare possit, *d. l. si ex causa. 9. §. si in commissum. ff. de minoribus &c.* Et ita sentiunt Speculator in *tit. de emphyteusi num. 24. Iason. in d. l. 2. n. 48. C. de jur. emphyt. Bart. & Salicet. in d. l. si tutoris. 23. C. de administrat. tutor. Bald. in l. 2. num. 3. C. si advers. vendit. pignor. Guido Pap. decis. 435. num. 1. Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 24. cap. 2. num. 4. pag. 495. alique ab his annotati.*

507 Undecimò hæc conclusio locum invenit etiam in pupillo & infante: quod nimirum & hi ob non solutum canonem ipso jure fundum emphyteuticum amittant: ita tamen, ut restitutionis in integrum auxilio sibi consulere

valeant. Quod enim propter canonem non solutum, emphyteuta jure suo privatur: id venit ex natura ipsius contractus, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* proindeque à contrahentibus tacitè hoc actum judicatur, ut res emphyteutica ad dominum, canone non soluto, revertatur. *Bald. in §. inde potest. num. 10. & ibi Alvarott. col. 3. de alienat. feudi tit. 13. lib. 1. feud.* Conditionem autem contractus resolutivam, ad præjudicium quoque pupilli & infantis, in contrahendo apponi posse, apparet ex *l. si creditor. 7. §. illud inspiciendum. vers. si verò tempus. ff. de distract. pignorum, & cap. verum. 4. ext. de conditionib. apposit. ibique Dd. communiter notant.*

Assertioni nostræ non obloquitur *l. Imperatores. 7. in §. 108 si e. ff. de publicanis & vectigalib.* ubi pupillo, vectigal non inferenti seu solventi, pœna commissi remittitur. Nam agit de pœna, quam ipsa lex absque conventionem hominis constituit. Nos verò hic agimus de pœna commissi, in conventionem à contrahentibus deducta. Etenim in contractu emphyteutico (ut paulo ante diximus) tacitè à contrahentibus actum intelligitur; ut canone intra præfixum tempus non soluto, res emphyteutica ad concedentem revertatur. Sed videatur Corbulus *d. tract. de jur. emphyt. cap. 15. ampliat. 29.* ubi hac de re latissimè disputat. Eamque attingi etiam in additionib. ad *Iul. Clar. §. emphyteusis. quest. 8. n. 8. & 9.*

Duodecimò hæc conclusio ampliatur, ut patre intra legitimum tempus canonem non solvente, id etiam ejus filiis obsit: quia, patre non solvente, peccatur contra naturam contractus, ratione cujus domino res emphyteutica una eum pensione committitur, & ad eundem redit, *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* Et hanc esse communem opinionem testatur *Ruius conf. 166. num. 12. & conf. 167. n. 28. & conf. 168. num. 6. volum. 1.* Quam confirmant & sequuntur *Baldus in l. adoptivum. 8. §. patronum. ff. de in jus vocand. Corn. conf. 327. in hac consultatione. n. 4. vol. 1. Alexand. conf. 120. col. 1. num. 3. vol. 5. Iohan. de Amicis conf. 133. num. 8. & 12. Salicet. in l. 2. num. 33. & ibidem Alberic. de Rosat. num. 15. C. de jur. emphyteut. Grat. conf. 132. num. 6. vol. 1. Gozad. conf. 34. num. 10. vers. secundo videmus, & n. 14. item consil. 46. visis. n. 13. & conf. 75. n. 2. alique plures, quos memorat & amplectitur Corbulus *d. tract. de jure emphyt. c. 15. ampliat. 7. ubi & ipse n. 2. hanc opinionem communem & veriore dicit.**

Decimotertio hæc conclusio extenditur in emphyteuta, qui plures reliquit heredes, & unus eorum partem canonis intra tempus constitutum non solvit. Hac enim de causa tota emphyteusis in commissum cadit, juxta gloss. ordinariam, in *l. communi dividundo judicium. 7. in princip. super verb. confundetur. ff. communi divid. argument. l. heredes. 25. §. in illa quoque. 12. ff. famil. eriscund. l. 2. §. item si in facto. 5. & l. stipulationum. 5. §. si sortem. 4. ff. de verb. obligationib.* Et prædictam glossam Doctores communibus suffragiis sequuntur, *Ripa in l. eadem dicemus. 4. §. Cato. num. 44. ff. de verb. oblig. & ibidem Marian. Socin. num. 143. & seqq. Afflict. decis. 153. n. 4. Roland. à Valle conf. 17. num. 16. vol. 2. Iason. in dict. l. 2. num. 58. Sichardus num. 7. Cod. de jur. emphyteut. Clarus in d. §. emphyteusis, quest. 8. num. 13. & alii à Corbulo cumlati in d. cap. 15. ampliat. 8.* Ejusque ratio non est obscura: tum quia si primus emphyteuta ob particularem canonis solutionem jure suo privari & expelli potuit, ut supra num. 482. ostensum est: etiam ejus heres privari debet, ne in hujus persona conditio obligationis immutetur, contra *d. l. 2. §. ex his. 2. ff. de verb. oblig.* Tum quia cum unusquisque heredum in solidum ad canonis solutionem obligatus sit, ut tradit *Corneus consil. 24. num. 17. volum. 2. Frideric. de Senis consil. 228. factum tale est. &c. & Afflict. de decis. 153. n. 3.* culpa quoque communis erit. Tum quia ex natura contractus emphyteutici, res ob non solutam pensionem in commissum cadit, ut hactenus sæpè inculcatum ex dict. *l. 2. Cod. de jur. emphyteut.* Tum denique quia cum pœna sit, ut si non solvatur pensio, emphyteuta jure suo privetur: non sufficit, ut unus ex heredibus partem solvat. Nisi enim totum solvatur, pœna in totum committitur, per notata *Dd. in l. execut. 85. §. item si ita. 6. ff. de verb. oblig.*

D. Banfov. in d. Disput. de jur. emphyt. Præsides D. Halbritter. sub. thes. 36. Enim verò hanc opinionem summi juris esse, non negatur: ac proinde qui mitiorem sententiam cum Corasio in d. l. 2. num. 11. vers. de illo porro, &c. C. de jur. emphyteut. Oldendorpio lass. 5. de act. emphyteuticaria: num. 7. Mynsingero cent. 3. observ. 66. Fachinus lib. 1. controvers. jur. cap. 97. Paulo Berens disput. 11. ad Instit. them. 2. quest. 6. & quibusdam aliis, sequi velit, non valde peccabit, asserente D. Obrecht d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 369. & 370.

§ 12 Decimoquartò, huic conclusioni datur locus, etiam si res emphyteutica ex parte interierit: vel aliud damnum, substantia rei salva, contigerit. Non enim emphyteuta idcirco à solutione canonis liberatur: quoniam particularis rei emphyteuticæ interitus, & damnum, substantiâ rei salva contingens, ad emphyteutam pertinet, hoc §. nostro, & l. 1. ibique Dd. communiter. ff. de jur. emphyteut. Sed hanc rem explicatius prosecuti sumus supra num. 173. & seqq. Aliud tamen juris est in tributo, quod fisco debetur. Hoc etenim ob particularem agri interitum, anique sterilitatem à censitoribus remitti solet, l. forma. 4. §. 1. ff. de censib.

§ 13 Decimoquintò, hæc conclusio locum tenet, etsi emphyteuta privati post triennium elapsum celeris satisfactione moram purgare voluerit. Eum namque in continenti moram purgare, adeoque privationis pœnam evitare non posse, verior traditio videtur. Primum enim ubicunque dies & pœna obligationi adjecta est, mora purgari non potest, l. trajectitia. 23. ff. de obligat. & actionib. l. magnam. 12. C. de contrah. & committ. stipulat. Bronchorst. cent. 2. ἐν τριτημιονίῳ, assert. 2. edit. 1. & Arumæus in tractat. de mora. c. ult. num. 8. Atqui emphyteutæ dies & pœna est imposita. l. 2. C. de jur. emphyteut. Ergo transacto die non poterit purgari mora. Deinde huc facit l. Celsus. 23. in princip. ff. de receptis, qui arbitrium recep. ubi si arbiter intra Kalendas Septembres dari jusserit, nec datum erit; licet postea offeratur: at tamen semel commissam pœnam compromissi non evanescere, ait Jurisconsultus: quoniam semper verum est, intra Kalendas datum non esse. Tertiò hæc traditio confirmari poterit argumento l. 1. vers. habebit igitur. ff. de penu legata. ubi Ulpianus ita respondit: *Habebit igitur heres obligationem tamdiu quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur: nisi forte aliud tempus, vel mente, vel verbis testator præstituit.* Quartò eadem sententia probatur ex l. 2. C. de jur. emphyteut. ubi dicitur, emphyteutam, qui per triennium non solvit, omnimodo repelli posse, ibi, sed omnimodo eo (si dominus voluerit) repellendo, &c. Quæ certè verba satis clarè arguunt: ita absolute emphyteutam repelli posse, ut nec moram purgare queat. Postremò nusquam in toto jure civili cautum reperitur, quod hoc casu moræ purgatio admittatur. At sine jure aut certa lege nihil statuendum, Novell. 18. cap. 5. in princip. Atque ita sentiunt & docent Iason in l. 2. num. 7. C. de jur. emphyteut. Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 17. num. 4. Roland. à Valle consil. 87. n. 7. vol. 1. Dominicus Cardinal. Tuschius tom. 3. practicab. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 41. & conclus. 193. n. 30. cum seqq. Trentaciquins lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyt. resolut. 4. num. 7. 8. 26. & seq. Berlich. conclus. practicab. part. 2. conclus. 46. num. 47. Fachinus lib. 1. controvers. jur. c. 89. Borcholt. in Commentar. de feud. c. 3. num. 32. & part. 1. Disput. de jur. emphyteut. thes. 29. pag. 137. Gerhard. decad. 15. quest. 8. D. Besold. d. thesaur. practic. lit. H. num. 43. pag. 415. D. Banfovius in Disput. de jur. emphyteut. Præsides D. Halbritt. thes. 42. Trentler. vol. 1. disp. 29. th. 12. lit. D. & ibi Bachovius in suis not. p. 1137. Quanquam alialiter ea de re disputent, Francisc. Sarmien. lib. 3. selectar. interpret. c. 5. Daniel Moller. in Comment. ad constit. Sax. part. 2. constit. 38. num. 6. cum seqq. Heigius in hoc §. nostro n. 39. cum seq. Sichard. in d. l. 2. num. 20. & 21. ibidemq. Leoninus num. 17. C. de jure emphyteut. & Hackelman. disputat. 11. thes. 11. 17. lit. c. ubi plures citat.

§ 16 Nostram sententiam non turbat c. potuit. 4. extr. de lo-

cato. in quo disponitur, quod emphyteuta offerendo canonis solutionem post biennium, celeri satisfactione moram purgare possit. Id enim singulariter in emphyteuta Ecclesiæ receptum est: non item in emphyteuta laici sive privati. Et uia communiter concludere Doctores, testatur Ripa in l. si insulam. 84. num. 38. ff. de verb. obligat. Paris. de puteo, de redintegrat. feud. c. 93. num. 6. Clarus in d. §. emphyteusis. q. 8. num. ult. Corbulus in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 41. aliique ab eo relati. Ra-
tio specialis juris dilucida est: quia emphyteuta Ecclesiæ, jure suo cadit, si per biennium in solutione cesset: proindeque merito moram purgare potest: ut ita in uno gravatus, in altero sublevetur, arg. l. eum, qui 30. in princ. ff. de jurejur. Sed emphyteuta privati triennale, sicque longius tempus habet: ac propterea moram nullatenus purgare poterit. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 46.

Similiter minimè resistit l. servum. 91. §. sequitur. 3. ff. de verbor. obligat. ubi respondetur, ex bono & æquo moram purgari posse. Æquitatem autem rigori præferri, notissimi juris est. l. p. acuit. 8. C. de judiciis. Etenim lex illa haud procedit, ubi dies & pœna obligationi adjecta est. Tunc siquidem moræ purgationi locus non relinquitur, d. l. trajectitia. 23. ff. de obligat. & act. cum similibus, supra allegatis. Fachinus d. lib. 1. c. 98. ubi & reliqua argumenta, quæ huic assertioni negotium facessere videntur, abunde refutat.

Decimosextò & ultimò, hæc conclusio ampliatur & extenditur; ut emphyteuta ob non solutum canonem, ipso jure (modò certum & in confessio sit, illum in solutione cessasse) non expectata judicis sententia privativa, emphyteusin amittat, argumento l. 2. C. de jure emphyt. ubi primò Justinianus ait, domino volenti licere emphyteutam, qui per triennium cessavit in solutione, expellere. Si licet domino eum repellere: consequens est, sententiam judicis necessariam non esse. Et sanè quod sententia judicis privativa sit opus: nullo verbo in isto textu attingitur: ut patum credibile sit, id Justinianum Imp. omisissum fuisse, si necessarium foret. Deinde idem Imperator in d. l. 2. & in Novell. 7. c. 3. §. scire autem. 2. utitur præcisè distinctionibus, omnino & omnimodo: quarum dictionum hæc vis est, ut indicent, aliquid ipso jure fieri: ideoque tantum esse necessariam declarationem domini, jure suo uti volentis, non verò judicis. Et quod dictiones, omnino, omnimodo, penitus, & similes significant, ipso jure aliquid fieri, prolixè traditum est à Tiraquello in leg. si unquam, super verb. revertatur. n. 76. & aliq. ot. seqq. C. de revocand. donationib. & Corseto sing. 194. in verbo, omnino, & singulari. 208. in verbo, penitus, itemque Ludovico Romano in singulari suo primo, nec non Matthæsi-lan. sing. 111. & 114. Hujusque assertionis auctores sunt, Iason in d. l. 2. num. 14. C. de jur. emphyteut. & ibidem Salicetus num. 8. Sichardus num. 19. & alii. Hostiens. & Anton. de Butr. in cap. potuit. 4. num. 18. extr. de locato. Ruin. consil. 154. num. 6. vol. 1. consil. 57. num. 11. vol. 4. Borcholt. in Commentar. de feud. cap. 3. num. 24. Connan. lib. 7. Commentar. c. 12. num. 9. Fachinus lib. 1. controvers. jur. c. 93. Clarus lib. 4. recept. sentent. §. emphyteusis q. 9. Arumæus Exercit. Justin. 14. thes. 15. Bachovius in suis not. ad Trentler. vol. 1. disp. 19. th. 12. lit. B. p. 1135. cum seq. ibique Hunnius quest. 48. pag. 1796. & seq. Corbulus in tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. ampliat. 45. n. 1. aliq. ab eo designati. Tametsi contrarium teneant Speculat. in titul. de emphyteusi, quest. 47. num. 60. Paul. Castrens. in consil. 68. lib. 2. Innocent. in d. cap. potuit. extr. de locat. aliique, quos refert Tiraquell. in dict. l. si unquam, in verb. revertatur. num. 187. Cod. de revocand. donationib. Quibus adjiciendi sunt Mynsinger. cent. 3. observat. 65. num. 1. cum seq. & cent. 6. observat. 77. num. 1. & seq. Cravett. consil. 212. num. 2. Dominic. Cardinal. Tuschius. tom. 3. practicabil. conclusion. lit. E. conclusion 192. num. 7. & seq. Trentaciquins lib. 3. var. resolut. tit. de jur. emphyteut. resolut. 4. num. 2. Berlichius part. 2. conclusion. practicabil. conclusion. 46. num. 5. Gasl. lib. 2. observat. 51. num. 7. Bronchorst. cent.

cent. 1. *ἐναρτίον* *ὑποῦν*. assert. § 3. edit. 1. & Matthias Stephan-
ni cent. 3. quest. 83. ad lit. b. ubi dicit; hanc posteriorem
sententiam esse quidem æquiorē & probabiliorem; prio-
rem verò (quam non amplectimur) de jure veriorem &
communem esse.

§ 22 Non obstat nostræ assertioni, quod Imp. Justinianus in
d. l. 2. ibi; *jure suo cadat*. C. de jur. emphyteut. utitur verbis;
non præteritum, sed præsens tempus significantibus; item
in d. Novell. 7. c. 3. §. *scire*. 2. ibi; *sient omnino extranei*; &c.
utitur verbis futuri temporis: quæ verba privationem
non ipso jure, sed per sententiam inducunt, juxta gloss. in
l. jubemus. 14. §. *æconomus*, super verb. *privetur*. C. de sa-
cro sanct. Eccles. & in l. criminali. §. super verb. *habeatur*.
C. de jurisdict. omn. judic. Nam verba futura vel præsen-
tia, nequaquam pœnam per sententiam infligunt, quan-
do talia verba sunt conjuncta (ut in proposito casu) cum
dictione aliqua præcisa, omnino, omnimodo, mox, prorsus,
aut simili. Ea enim efficit; ut, licet sint verba præsentia
vel futura: tamen pœna ipso jure infligatur, per notatâ
gl. in c. quam sit. 6. ad finem, super verb. *vacuetur*; de ele-
ctione, libr. 6. Roman. in consil. 212. quoad primum. circa
finem, & Matthæsilanus dict. singulari. 111. & aliorum;
quos referendo probat D. Borcholt, dict. cap. 3. num. 24. ad
finem.

§ 23 Consimiliter non resistit cap. 1. de feudo sine culpa
non amitt. in princip. tit. 21. lib. 1. feudor. item c. 1. §.
sancimus, ibi; *nisi convicta culpa*, quo tempore miles inve-
stituram petere deb. tit. 22. lib. 1. F. ubi vasallus (cui
emphyteuta comparari solet) ob feloniam admissam
non cadit feudo ipso jure: sed demum sententia judicis

§ 24 privativâ interveniente. Tum quia tametsi cognitionis
sive sententiæ judicis in locis allegatis mentio fit: illud
tamen accidit solummodo propter controversiam inter
dominum & vasallum: quæ ubi existit, necesse est, ut
competentis judicis sententiâ definiatur. Tum quia à feu-
do ad emphyteusin, non semper procedit argumentum:
& sanè cum quæstio civilis ex jure civili decidi potest,
decisio ejus ex jure feudali peti non debet, c. 1. de feudi
cognit. tit. 1. lib. 2. Feudor.

§ 25 Minus adversatur l. lex vectigali. 31. §. 1. ff. de pigno-
rib. ubi dicitur; canone, secundum legem vectigali
fundo dictam, non soluto, pronuntiatum fuisse, fun-
dum secundum legem, domini esse. *Et si* enim in ea quo-
que lege judicialis pronuntiationis fit mentio: non ta-
men inde sequitur, quod talis pronuntiatio necessariò
requiratur. Sed & nos non diffitemur; evenire posse,
ut judicis pronuntiatione hac in re opus sit: negante
(verbi gratia) emphyteuta, se in canonis solutione ces-
sasse, & domino eum non solvisse affirmante. Tum et-
enim & judex adeundus, & sententiâ expectanda est;
quæ disputationem & controversiam istam dirimat: li-
cet nihilominus ante judicis prolationem emphyteuta, si
non solverit, emphyteusi privatus intelligatur. *Et ita bene*
hoc explicat Fachin. d. lib. 1. cap. 93. ubi etiam aliis obje-
ctionibus satisfacit. Idem à nobis traditum est in addit ad
Jul. Clar. §. *emphyteusis*. quest. 9. n. 4.

§ 26 Quanquam autem emphyteuta, ob non solutum legi-
timo tempore canonem, ipso jure prædio emphyteutico
excidit, ut ex prædictis patet: haud tamen domino il-
lum propria auctoritate, absque judicis decreto expellere,

§ 27 reique vectigalis possessionem occupare licet. Ratio hu-
jus in promptu est: tum quia non est singulis conceden-
dum, quod per magistratum publicè fieri debet: ne oc-
casio sit majoris tumultus faciendi. l. non est singulis. 176.
ff. de reg. jur. l. si cuius. 13. §. *aquissimum*. ff. de usufruct. l.
doris. 9. C. soluto matrim. Tum quia per emphyteutæ
cessionem & negationem res fit dubia & controversa, ut
jam ad ejus discussionem judice opus sit, ut paulo ante di-

§ 28 ctum. At nemo sibi ipsi jus dicere potest, præsertim ubi
copia judicis habetur, l. extat. 13. ff. quod met. caus. l. cre-
ditores. 3. C. de pignoribus, l. nullus. 14. C. de judeis, l. 3. l. si
quis in tantam. 7. l. penult. & ult. C. unde vi, & tot. tit.
C. ne quis in sua caus. judicet. Borcholt. d. Commentar.
de feud. c. 3. num. 30. Clarus d. lib. 4. sentent. §. *emphy-*
teusis. quest. 11. Fachin. dict. lib. 1. controvers. c. 95.

Busius ad l. 2. ff. si ager vectigalis, &c. Heigius in nostro
§. num. 17. & seq. ibidemque Vultejus num. 17. Bron-
chorst. dict. centur. 1. assert. § 3. edit. 1. Bansevinus disp.
de jur. emphyteut. Præside D. Halbrittero thes. 44. Hun-
nius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 3.
pag. 1125: D. Rümelin. exercitat. 15. ad Institut. th. 12.
sub lit. b. in fin. pag. 139. Ericus Hedemannus Disput.
17. proposit. § 9. & Menochius remed. 1. recuper. pos-
ses. num. 78. & 79. ubi plures variè sentientes allegat.
Quibus adjiciatur quoque D. Besoldus in delib. jur.
ex lib. 6. Pandectar. tit. 3. num. 10. pag. 508. cum seqq.
& Knipschildt d. exercitat. Acad. 9. quest. 10. pag. 335.
& seq.

Nec reluctatur d. l. 2. C. de jur. emphyteut. l. quæro. § 29
§ 4. §. 1. ff. locati. & l. ade. 3. C. de locato. in quibus legi-
bus domino emphyteutam, & locatori conductorem,
ob pensionem non solutam, expellere permittitur. Nam
verbum *expellendi vel repellendi* (quod in citatis legi-
bus extat) ad juris intellectum sive ordinem referri de-
bet. Proindeque illic non corporalem dejectionem signi-
ficat, sed legitimam expulsionem: quæ non fit de facto, sed
ministerio judicis, & per remedia juris, competentesque
actiones d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. cum similibus, pro
nostrâ assertionem supra adductâ.

Nihil quoque officit tit. § 4. in fine, & tit. § 5. §. fir- § 30
miter. lib. 2. feudor. ubi assertitur, quod vasallo de deli-
cto convicto, dominus liberam habeat facultatem feu-
dum in usus suos redigendi. Quæ utique verba ad do-
minum feudi referuntur; atque denotare videntur: do-
minum actum istum, nullâ servatâ legitimâ solennitate,
nec aliquo requisito, sed propria auctoritate explicare pos-
se, arg. c. de multa. 28. ext. de præbend. Non, inquam,
officit. Quando enim in allegatis titulis dicitur; domi-
num, feloniam à vasallo committâ; posse feudum in suos
usus redigere: id similiter intelligendum est secundum
iuris ordinem; legitimumque processum: quod nimi-
rum dominus feudum suos in usus redigere possit, non
auctoritate propria, sed ope ministerio & auctoritate ma-
gistratus; juribus præcatis. Non item adversatur, quod § 31
dominus fundi sive locator civilem, conductor verò natu-
ralem possessionem fundi habeat. Unde, cum condu-
ctor vel emphyteuta, qui pensionem seu canonem non
solvit, injustus possessor fundi efficiatur: dubium non
videtur, domino sive locatori permitti hunc conducto-
rem vel emphyteutam propria auctoritate ex fundi pos-
sessione expellere. Omnis namque is, qui civilem alicu-
jus rei possessionem habet: eum, qui hanc rem naturaliter
ac injustè possidet, propria auctoritate, non accedente ju-
dicis permissione, etiam vi ex illa re expellere potest, arg. l.
clam possidere. 6. §. ult. & l. seq. ibique gloss. & Dd. ff. de ac-
quir. vel amitt. possess. l. 3. §. eum igitur. 9. ff. de vi, & de vi
armat. Non, inquam, illud adversatur. Quod enim
dicitur; eum, qui civilem habet possessionem, posse illum,
qui naturaliter rem tenet, vel possidet, de possessione de-
turbare, propriaque auctoritate dejicere, id expressè legi-
bus supra pro nostrâ sententia adductis contradicit: ex
quibus manifestum evadit, quod nemo sibi jus dicere,
nec possessionem ab alio detentam occupare valeat:
sed qui hoc conatus fuerit, possessione ac jure suo ca-
dat, d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. d. l. nullus. 14. C. de
judeis, d. l. si quis in tantam. 7. cum concordantibus. C.
unde vi.

Sic etiam non repugnat l. penult. C. de pignor. act. ex § 32
qua apparet, quod creditor ex pacto pignus à debitore au-
ferre propria auctoritate queat. Si hoc ex pacto & con-
ventionem licet: multò magis auctoritate legis, quæ dat
potestatem expellendi emphyteutam, permittendum erit.
Non repugnat, inquam. Quia creditor potest propria au-
thoritate ex pacto pignus auferre à debitore, si is non resi-
stat: alias non item, d. l. creditores. 3. C. de pignoribus.
Etsi igitur debitor creditori facultatem pignus propria
auctoritate occupandi concessit: attamen si debitor
facto vel verbis resistat: non rectè possessionem, nisi
interveniat judicis auctoritas, occupabit. Siquidem
& alioqui, quæ suo jure exigere alicui licet, melius ac
(Mm) tutius

tutius est exigere per judicem, l. si pupillorum. 7. §. 1. ff. de rebus eor. qui sub tutela, &c. l. si alius. 7. §. bellissime. 3. in fin. ff. quod vi aut clam. l. si stipulatus. 81. in fine. ff. de solutionib. l. debitores. 10. C. de pignorib. Latè & eruditè Joh. Vaud. variar. quest. lib. 1. quest. 13. Hucque spectant, quæ annotavimus ad §. creditor. 4. supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 226. item ad principium tit. infr. de actionib. num. 30. & seqq. itemque in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. quest. 11.

533 Supradicta autem conclusio, qua statuitur; emphyteutam, ob non solum consuetum domino canonem per triennium vel biennium, jure suo privari, fundoque emphyteutico licite expelli posse, aliquot modis restringitur & limitatur. Primo enim non procedit, si in investitura & contractu convenerit, sive actum fuerit, ne emphyteuta ob pensionem non solutam expellatur. Pensionem namque de rejectione emphyteutæ valere, dicitur 534 fertè expressum est in l. 2. C. de jur. emphyteut. Nihil quippe naturali æquitati magis consentaneum est, quam ea, quæ inter aliquos placuerunt, servare, l. 1. ff. de pact. & unicuique licet juri suo renunciare, l. penult. C. eod. tit. Atque hoc commune effatum esse, testatur Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyteut. num. 118. & Salicet. num. 13. Speculat. in tit. de emphyteus. quest. 89 num. 112. Cagnol. post Decium. in Authent. qui rem. num. 30. in sexta limitatione. C. de SS. Eccles. Bartol. in l. fundi. 4. C. de fundis patrimonialib. Imola in c. potuit. 4. ext. de locato num. 57. Corbulus in tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 1. ubi plures hanc in sententiam accersit.

535 Deinde isthæ conclusio locum non habet, si in loco contractus inter Ecclesiam sive dominum, & inter emphyteutam talis observetur consuetudo: quod emphy-

536 teuta ob non solum canonem expelli nequeat. Cujus ratio manifesta est: tum quia sicut pactum hujusmodi valet, ut paulo ante diximus: ita & consuetudo valere debet: cum ea sit fortior, quam pactum privatorum, arg. c. final. ibique gl. & Canonista. extr. de consue-

537 tudine. Tum quia causas Ecclesiarum & clericorum secundum consuetudinem patriæ terminandas esse, constat ex c. cum venissent. 3. extr. de eo, qui mittitur in possess. & c. c. constitutus. 8. vers. juxta municipii. extr. de in integr.

538 restitut. &c. cum causa. 8. extr. de sentent. & rejud. Tum quia consuetudo legem dare potest omnibus rebus, existentibus in territorio, cujuscunque sint, secundum Abbatem in consil. 72. vol. 1. allegantem ad hoc l. atatem. 3. ff. de consil. & l. munerum. 18. §. patrimoniorum. 2. ff. de muneribus, & honor. can. quæ contra mores 2. Distinct. 8. & ju-

539 rasimilia. Hæc tamen consuetudo non attenditur, si inter dominum & emphyteutam expresse aliud convenit: quia tum emphyteusis non immerito ex partium conventionem legem accipit, l. 1. §. si convenit. 6. ff. de positi. l. in conventionalib. 52. ff. de verb. obligat. & quia tum ab illa consuetudine recessum intelligitur, secundum Augustinum Beroum in consil. 107. sub num. 7. in fin. & n. 8. vol. 1. quem refert & amplectitur Corbul. in d. tract. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 2. n. 11. & D. Obrecht. in Disp. 36. de jur. emphyteut. thes. 380.

540 Tertiò, conclusio hæc non militat, si alius extraneus, tanquam procurator emphyteutæ, vel negotiorum ejus gestor, canonem domino solvisset. Hanc enim solutionem ipsi emphyteutæ prodesse, æquitati consonum est, l. solvendo. 39. & l. quæ utiliter. 45. ad finem. ff. de negoc. gest. Nam quotiescunque de conservatione juris realis tractatur, ut est emphyteusis: semper ex benigno jure factum negotiorum gestor, alteri ad conservationem & retentionem illius juris prodest, arg. l. usu. 20. ff. quemadmodum servit. amitt. & l. arborib. 12. §. quid tamen. ff. de usufruct. Et ita in individuo sive terminis (uti loquuntur) tenent Ang in l. lex vectigali. 31. ff. de pignorib. Lud. Rom. in consil. 103. incip. viso proposita questionis themate. in princ. hosque referens Jason in d. l. 2. C. de jur. emphyt. n. 68. & 69. Dominicus Cardinal. Tuschus tom. 3. practicabil. conclus. lit. E. conclus. 92. n. 90. 107. & 152. Berlichius part. 2. conclus. practicabil. conclus. 46. n. 37. & aliquot seqq. Hucque re-

vocari poterunt, quæ notavi in addit. ad Jul. Clar. §. emphyteusis. q. 8. n. 39. & seqq.

Quartò, conclusio ista etiam non obtinet, si canon à 541 quodam tertio, nullum jus in emphyteusi habente, nomine suo proprio solutus domino esset. Quandoquidem, ut jus in rem conservetur, non refert; quomodo, aut à quo, aut cujus nomine pensio exolvatur: dummodo exoluta sit, d. l. arboribus 22. §. quid tamen, ubi Bald. ff. de usufruct. l. qui fundum. 12. ff. quemadmodum servitus. amitt. Et expresse probatur argumento l. forma. 4. §. si, cum ego. ff. de censibus. ubi solutio censûs aut canonis, per eum suo nomine facta, qui jus in re nullum habuit, prodest jus habenti, quoad conservationem juris sui censualis, vel emphyteutici, ut docet Jason in d. l. 2. num. 69. C. de jur. emphyt. citans Speculatorem in tit. de emphyteusi, quest. 82. num. 104. & alios: cum quibus transeunt Socin. jun. consil. 70. incip. prosequendo ordinem. num. 2. vol. 1. Abbas consil. 67. col. 3. prope finem. vol. 2. Berous consil. 199. n. 19. & consil. 204. num. 17. vol. 1. Petr. Anchor. consil. 44. incip. primò de viribus. num. 7. Tiraquell. de retrah. lignag. §. 1. gloss. 9. num. 259. Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 24. c. 3. num. 25. pag. 500. & Elbertus Leoninus in d. l. 2. n. 19. C. de jur. emphyt. Hoc tamen rursus non procedit, 542 si dominus ab isto tertio, qui non est procurator emphyteutæ, canonem recipere recuset. Quanquam enim ali- 543 quis, invito quoque creditore, pro alio solvere possit, d. l. solvendo. 39. ff. de negoc. gest. l. solutione. 23. l. si pro me. 40. & l. solvero. 53. ff. de solutionibus. non tamen idcirco tertius, invito domino, pro emphyteuta, à quo nullum mandatum habet, canonem solvere potest: quia solutio canonis non tantum fit ad consequendam liberationem, sed etiam fit in recognitionem domini. Atqui hæc recognitio per tertium fieri nequit. Ergo etiam domino invito tertius pensionem solvere nequit, ut tradunt Bald. in l. acceptam. 19. num. 37. & ibidem Salicet. in ultima quest. C. de usuris. Jason. in d. l. 2. num. 70. C. de jur. emphyt. Natta consil. 194. n. 8. & Tiraquell. d. §. 1. gl. 9. num. 262. Nec tertius iste, si canonem deponit & consignat, quic- 544 quam agit: quia si non potest invito domino canonem pro emphyteuta solvere; multò minùs hunc poterit deponere & consignare. Nisi fortè tertius iste in emphyteusi hypothecam constitutam haberet. Tum enim etiam absque mandato, pro emphyteuta invito domino solvere, deponere, & consignare canonem poterit: quoniam hæc solutio, depositio & consignatio ad conservationem juris sui instituitur, tradente post alios, à se relatos, Corbulo in d. tract. de jure emphyteut. c. 15. limitat. 7. n. 3. & 4.

Quintò, illi conclusioni locus non tribuitur, si nemo 545 adfuit, cui emphyteuta canonem solvere potuit: quia forsan Ecclesia toto biennio vacavit, vel hereditas toto triennii tempore jacens fuit. Tum enim tutus est emphyteuta & excusatur. Hostiens. in summatit. de locato. colum. penult. Ruin. consil. 151. num. 4. vol. 1. Bald. in l. 2. fin. C. de jur. emphyt. Alexand. consil. 92. num. 9. & seq. vol. 1. Althus. lib. 1. Dicaolog. cap. 77. num. 35. pag. 268. Nec hoc casu protestatio necessaria est: quia cum revera non adsit, qui canonem recipiat: una mora non malè cum altera compensatur, & neuter in mora esse dicitur, juxta Castrensin l. si per emptorem. §. 1. in princ. per istum textum. ff. de actionibus empti. Decium consil. 566. incip. promissit. n. 4. & seq. Ruinum d. consil. 151. n. 4. vol. 1. & D. Obrecht. tum d. disp. 36. de jur. emphyt. thes. 387.

Sextò, conclusio illa vera non est, si emphyteuta toto 546 biennii aut triennii tempore in carceribus detentus fuit. Siquidem propter impedimentum carceris, excusationem meretur, uti docuerunt Anton. de Butr. inc. significante. 7. in 4. notabil. extr. de pignorib. & ibidem Barbat. col. 3. vers. nota, quod eo ipso, &c. & Imola colum. 3. num. 5. Socin. jun. consil. 70. num. 7. vol. 1. Dec. in Authent. qui rem. num. 9. vers. septimo fallit. C. de sacrosanct. Eccles. Jason. in d. l. 2. quest. 21. num. 65. Guilielm. Redoan. in tract. de rebus Eccles. non alienand. q. 24. cap. 3. n. 24. pag.

pag. 466. Paul. de Monte Pico in consil. 76. num. 20. Anton. Rub. in repetit. l. vinum. 22. num. 199. ff. de rebus credit. si cert. pet. & alii, quos concessit Corbulus d. tractat. de jur. emphyteut. cap. 15. limitat. 10. ubi hoc procedere inquit, etiam si emphyteuta sua culpa carceratus fuerit.

- § 47 Septimò, conclusioni isti non est locus, si dominus prædii emphyteutici intra triennium canonem oblatum accipere recusavit: quia eo ipso emphyteuta canonem lucratur, nec dominus illum è prædio ejicere potest. Quod tamen tum demum verum est, si emphyteuta pecuniam, quam dominus recipere noluit, consignet, § 48 & consignatam deponat. Ut enim commissi pœna evitetur: omnino pecuniæ debitæ oblatio, consignatio, & depositio necessaria est, per apertum textum in d. l. 2. in fin. ibi, pecunias offerre, hisque obsignatis, & secundum legem depositis. C. de jure emphyteut. Et præterea Glossam in dict. l. 2. in verb. secundum legem. Cyni, Baldi, Jacobi de Arena, Alberici, Saliceti, Sichardi, n. 31. in fin. & Elberti Leonini. num. 21. C. de tit. Julii Clari. lib. 4. recept. sentent. §. emphyteusis q. 8. num. 10. adeoque commune Doctorum pronunciatum, existimantium, solam oblationem à pœna caducitatis seu commissi excusare: at consignationem & depositionem ad plenariam liberationem pertinere: ut scilicet emphyteuta nec ejici, nec de solutione pensionis præteriti temporis compelli possit, meritò improbandum est. Hoc enim verbis dicta l. 2. in fin. C. de jur. emphyteut. perspicue reclamation, quæ tria, puta pensionis oblationem, consignationem & depositionem copulativè ac nominatim requirit, ut emphyteuta ejectionis periculo liberetur: idque per ablativos absolutos, § 49 consignatis & depositis: quos conditionem facere indubitatum est. l. ab emptione. § 8. ff. de pact. l. à testatore. 109. ff. de condit. & demonstrat. l. evictis. 8. & l. lite contestata. 35. ff. de usur. l. acceptis. 93. ff. ad l. Falcid. l. facta. 63. § 50 §. rescripto. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. Condicio autem præcisè & ad unguem impleri debet, l. qui heredi. 44. & l. Mavins. § 5. ff. de condit. & demonstrat. & dictum § 51 supr. num. 74. Sed & argumento à contrariò sensu (quod in jure fortissimum est, l. 1. ibi, hujus rei fortissim. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. si neque consignet, neque deponat pecuniam, ostendit Justinianus, emphyteutam è prædio ejici posse, d. l. 2. in fin. C. de jur. emphyt. Quamobrem verius videtur, speciale esse hoc in casu, ut sola oblatio ad suffugiendam dejectionis pœnam non sufficiat. Cujus specialitatis ratio hæc fortassis non incommoda redditur: quia cum habeant emphyteutæ hoc prærogativæ, ut non sicut cæteri conductores, quamprimumolvere cessarint, expellantur, l. vectigalia. 10. §. fin. ff. de publican. & vectigal. l. ade. 3. ubi Dd. C. de locato. sed cessatio triennii continui necessaria sit, hocque nomine domini non parum aggraventur: naturæ consentaneum Imperator censuit, in hoc vicissim dominis faveri, ut eis pensionem revera emphyteutæ solvant: quod tantum contingit, si numeratam pecuniam domini recipiant, aut postquam recusaverint: ea consignetur & deponatur: ut meritò constitutum sit, non satis esse emphyteutæ offerre, nisi præterea pensio consignetur & deponatur, sape allegata l. 2. C. de jure emphyteut. ubi ita expresse docent Jaf. n. 182. Corasius n. 29. & Joan. Ferrar. Montanus circa finem. Quibus novissimè etiam suffragantur D. Obrecht. § 53 d. Disp. 36. th. 349. cum seq. Banfov. in Disp. de jur. emphyt. de Anno 1602. thes. 38. & Eggebr. d. synopsis juris emphyteutici. conclus. 245.

Octavò præfata conclusio locum sibi vindicare nequit, si tota res emphyteutica perit, hoc §. nostro, in fin. & l. 1. ubi Dd. communiter. Cod. de jure emphyteut. & monimus supra num. 373. & seq. Hujusque ratio evidens est: quia cum jus emphyteuticum non nisi in re aliqua consistat: meritò, re non amplius existente, jus quoque illud intercidit. Non enim accidens sine subjecto esse potest: sed hoc sublato, & illud interit, initio s. de usufruct. l. 2. ff. eod. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ibique Decius. ff. de reg. jur. Hinc si domus aliqua, in emphyteusim data, una cum superficie, forte

chasmate perit: etiam jus emphyteuticum perit: cum nulla res supersit amplius, in qua jus illud locum habere possit. Quod si verò non tota domus perit: sed adhuc area salvâ remansit: tum distinctio adhibenda est. Aut tota domus, ut aream quoque complectatur, in emphyteusim est concessa: aut tantum superficies, quæ etiam domus appellatione venit. Priore casu si fortasse incendio domus perit, salva adhuc area, pensio debetur: quoniam area, quæ censetur maxima sive potissima pars domus, adhuc superest, l. qui res. 98. §. aream. 8. ff. de solutionib. At posteriori casu, si superficies perit, nulla amplius debetur pensio: quia nihil superest, ex quo solvi aliquid possit, ut rectè affirmant Imola in c. potuit. ext. de locat. & Jafon in l. 1. n. 15. limitat. 32. in quo capite is plures alias utiles limitationes, quas qui volet, cognoscere poterit, accuratè recenset.

Modis finiendi juris emphyteutici abunde expositis: § 57 coronidis & quasi auctarii loco primum quæri potest: Utri incumbat probatio, si emphyteuta dicat, se solvisse canonem, dominus verò neget? Et emphyteutæ incumbere, rationabile est: quia solutionem alleganti, tanquam affirmanti, incumbit probatio solutionis, l. ult. C. de solutionib. l. 1. C. de probationib. l. 2. ubi Gothofred. lit. c. & l. cum, qui 22. ff. eod. Novell. 18. cap. 8. Gloss. in l. 2. in verb. repellere, vers. item quis probabit. C. de jur. emphyt. Bald. ibid. num. 16. Bart. num. 9. vers. quare, quis, & c. Alberic. Rosatus num. 7. Salicet. num. 15. & Jafon. n. 132. Anchor. & Imola num. 55. in c. potuit. ext. de locato. Marian. Socin. cons. 111. num. 15. vol. 2. ubi hanc communem esse opinionem testatur: quam etiam, uti veram & receptam, comprobant Igneus in repetit. l. necessarios. §. §. non alias, num. 310. ff. ad Senatus. Silan. Berous cons. 152. n. 1. volum. 1. Guilielm. Redoan. in tract. de reb. Eccles. non alien. q. 20. n. 23. p. 446.

Sed hanc impugnare videtur sententiam textus in c. § 58 super his. 16. ext. de accusationib. ubi Innocentius indicat: quod, si contra electum quispiam excipiat, & proponat, eum perjurum esse: propterea quod promiserit solvere Titio decem, quæ non solvit: licet hic excipiens fundet se in negativa: quia asserat, illum non solvisse: tamen ipse excipiens negativam istam probare cogatur. Ergo § 59 & in proposita specie dominus, qui se fundat in negativa non soluti canonis, hanc negativam probare tenetur. Verum respondetur: quod in causis criminalibus is, qui se in negativa fundat, eam probare compellatur, ut ex verb. dict. c. apparet: in civilibus autem negociis procedat regula, quod affirmanti & ponenti probatio incumbat, d. l. 2. & d. l. cum, qui 22. ff. de probationib. & similib. Vel etiam § 60 forte non ineptè dici poterit: si tertius quidam se in negativa fundet, hanc probare eum teneri: secus autem, si altera partium id faciat, ut à Sichardo traditum est in d. l. 2. num. 17. Cod. de jure emphyteutico. Cæterum eo ipso, quod emphyteuta probat, se tribus annis proximis singulatim canonem solvisse, præsumitur: quod pro omnibus aliis annis præteritis semper solverit: ita ut dominus non possit ab eo canonem petere, nec eum expellere sub prætextu, quod aliis anterioribus annis non solverit: nisi dominus illum non solvisse evidenter doceat, argum. l. quicumque. 3. C. de apoch. publicis. gloss. in d. l. 2. in verb. repellere, vers. vel quod tribus annis. C. de jur. emphyt. & inibi Salicet. & Jafon n. 135. Anton. Gabriel. lib. 1. de presumption. conclus. 11. ampliatur. 1. Vivius in suis opinionibus communibus opin. 92. part. 1. Mascardus in tract. de probationib. conclus. 603. n. 9. & 21. vol. 1. ubi plures citat. Idem de colono sive inquilino monuimus in pr. supra hoc § 61 tit. num. 78. Solutio porrò canonis vel confessione domini, vel instrumentis & apochis, vel testibus ad minimum duobus probari solet & potest, ut tenet Baldus in l. testium. 18. num. 2. C. de testib. & in d. l. 2. num. 18. C. de jur. emphyteut. ibidemque Jafon n. 134. Oldendorp. class. 5. de actione emphyteut. in verb. reus triennio jam elapso, & c. pag. mihi 954. Afflict. decis. 13. num. 26. Octavian. Cacheran. decis. 53. num. 7. & 15. quos refert & sequitur Aurelius Corbul. in tract. de jur. emphyteut. c. 15. q. 4. n. 4. & 6.

- 562 Deinde in disceptationem & illud cadit : si emphyteuta in solutione canonis cessaverit , & antequam dominus declaraverit , se velle eum jure suo cecidisse , fructus perceperit , an ad restitutionem eorum teneatur ? Et teneri , plerique affirmarunt : *Speculator in tit. de emphyteusi , quest. 10. num. 19. Bald. in l. si pater. §. in 3. notab. C. de usufruct. Jason in l. 2. num. 17. C. de jur. emphyteut. Angel. in Novell. 7. c. 7. si vero & perpetuam. &c. Felin. in c. de quarta. num. 33. ext. de prescript. Capolla in cons. civili. 25. num. 7. Ripa in l. 1. §. si heres. 16. num. 16. ff. ad senatuscons. Trebell. Guiliel. Redoan in tract. de reb. Eccles. non alienand. quest. 19. c. 2. num. 12. pag. 441. & Tirraquell. in repetit. l. si unquam in verb. revertatur n. 271. Cod. de revocand. donat. Bachovius in suis not. ad Treutler. vol. 1. disp. 29. thes. 12. lit. B. pag. 1136. Contrarium vero tenuerunt Rota Bononiensis. Petrus de Benintendis decis. 37. Corbul. d. c. 1 §. ampliatur. 3. num. 2. Mynsinger. cent. 6. obs. 83. num. 5. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 94. vers. verum rematurus &c. Hedemannus Disp. 17. proposit. 61. & Bansovius in Disp. de jure emphyteut.*
- 563 *Præside D. Halbrittero, th. 45.* Quorum sententiam, veluti (teste Mynsingero dicto loco) sanioerem , & æquitati magis consentaneam , atque post multam disputationem in Camera Imperiali obtentam , & ego omnino sequendam censeo. Quia clarissimi juris est : fructus spectare ad eum , quirei est dominus , *l. ex diverso. 3 §. 1. & l. solum. 49. §. 1. ff. de rei vindicat.* Ast antequam dominus declaret , se velle esse locum caducitati , emphyteuta jure suo non est privatus , sed dominium rei retinet , *d. l. 2. C. de jur. emphyteut.* ubi sancitur expresse , emphyteutam cadere jure suo ob canonem non solum , *si dominus*
- 564 *voluerit.* Ergo antequam dominus velit , cadere non dicitur. Illa siquidem verba (*si dominus voluerit*) conditionem important. Priusquam autem conditio eveniat : actus sub conditione factus non habet effectum , *l. cedere diem. 21 §. ff. de verb. signif. l. legata sub conditione. 41. ff. de condit. & demonstr.* Quapropter cum fructus ad ipsum emphyteutam pertineant , eos restituere non est obligatus.
- 565 Huic decisioni non adversatur , quod malæ fidei possessor fructus non faciat suos , sed omnes restituere teneatur , *l. fructus. 33. l. si navis. 62. §. ult. ff. de rei vind. l. dominum. 5. l. si fundum. 17. & l. certum. 22. C. cod. §. si quis à non domino. 35. ubi & nos explicatus num. 58. & seq. supra de rer. divis. &c.* Emphyteuta autem , posteaquam jure suo cecidit , malæ fidei possessor censeatur. Nam respondetur per inficiationem : quoniam emphyteutam esse malæ fidei possessorem ex eo tempore , quo in solutione cessavit , nequaquam conceditur : cum jure suo privatus non dicatur , nisi dominus voluerit. Igitur ante domini declarationem , non est privatus : & sic bonæ fidei esse intelligitur : quia probabiliter credere potest , dominum ipsi pœnam remittere velle.
- 566 Minus adversatur , quod usufructuarius ad fructuum , quos finito usufructu percepit , restitutionem teneatur , *l. si pater. §. C. de usufruct.* Quandoquidem nostro in casu jus emphyteuticum ex sola cessatione in solutione , finitum & extinctum esse , prorsus negatur. Idem monuimus in additionib. ad *Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 27. n. 3.*
- 567 Multò minus adversatur , quòd hæc sit natura conditionis , ut retrotrahatur , *l. si filiusfamilias. 78. ff. de verb. obligat.* ac proinde domino declarante , se velle privationi locum esse , idem sit , ac si statim , cum cessavit , privatus fuisset : quo casu fructus sine dubio ad dominum pertinuisent. Etenim id , quod dicitur , conditionem retrotrahi , locum habet , quando à casu conditio pendet : secus , cum à potestate contrahentium , *l. potior. 11. §. 1. & ibi Bartol. ff. qui potior. in pignor. habeant.* Sed conditio illa , *si dominus voluerit* , à voluntate domini pendet : cum is possit velle & nolle. Ideoque retro non trahitur. Præterea in præjudicium tertii conditionem non trahit , evincitur ex *l. 1. ubi Bald. in ult. colum. C. an servus pro suo facto post manumiss. teneatur. Alexand. consil. 228. num. 3. lib. 6.*
- 568 Minimè omnium adversatur , quòd principalis causa inspicienda sit , & ab ea dispositio regulam sumere debeat.

argum. l. si heres. §. ff. de actionib. empti. l. unicus circa fin. C. de imponend. lucrat. descript. Causa autem principalis , ob quam privetur jure suo emphyteuta , sit : quia non solverit canonem : proindeque illa videatur inspicienda , & ex ea judicandum , privationem inductam esse ; & consequenter ex eo die fructus ad dominum , ad quem res pertinet , pertinere : non autem ad emphyteutam jam exclusam , & jure suo privatam. Minimè (inquam) hoc adversatur : quia facile conceditur , causam principalem esse attendendam , si talis sit causa , quæ effectum producere possit. Sed causa illa , nempe negligentia solvendi canonem , sola effectum producere nequit : nisi voluntas domini concurrat. Itaque meritò ante domini declarationem emphyteuta jus suum non perdit : ac per consequens fructus interim percepros lucratur. Reliqua , quæ huic assertioni solent opponi , diluit Fachinaus d. lib. 1. c. 94.

Ulterius & hoc in disquisitionem vocatur : utrum 569 emphyteuta , si absque ejus culpa emphyteusis finita fuerit (putà si res emphyteutica concedatur usque ad certum tempus , certamve generationem , & illud tempus elapsum sit , ac generatio extincta) meliorationes in re emphyteutica factas , repetere possit ? Et licet hujusmodi meliorationes non solum ipsi emphyteutæ , si vivat ; sed etiam ejus filiis & descendantibus , tam masculis , quàm fœminis deberi , crebrioribus Doctorum votis sit receptum ; ut testatur *Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis , q. 45. Bald. in l. senatus. 43. §. Marcellus. ff. de legat. 1. Decius cons. 518. Jason in d. l. 2. num. 27. C. de jure emphyteut. & Borcholt. de feud. cap. 3. num. 31.* attamen verior videtur sententia eorum , qui ejusmodi impensas & meliorationes , quibus res emphyteutica melior est effecta , ad dominum pertinere contendunt. Pro qua opinione facit , 570 quod contractus emphyteuticus ea de causa maximè instituitur , ut res melior efficiatur : quemadmodum ex ipsius verbi etymologia seu significatione efflorescit , de qua dictum supra num. 1. & 114. Et idcirco Ecclesia prædia ruinosa ad meliorandum in emphyteusin concedere consuevit , ut in *auth. si quas ruinas. C. de sacros. Eccles.* Quare si hanc ob causam contractus emphyteuticus celebrari solet : utique dominus expensas meliorationum solvere non tenetur. Ob id enim dat prædium in emphyteusin , ut ab hoc sumptu liberetur : quod non fieret , si impensam solvere cogeretur. Confirmatur quoque hæc sententia ex *l. 1. C. de jur. emphyteut. & hoc §. nostro. in fin.* ubi damnum , quod per rei deteriorationem contingit , ipsi emphyteutæ , non verò domino imputatur. Ex quo apparet , emphyteutam non posse repetere à domino expensas , in reficiendo factas. Quia si repetitio emphyteutæ daretur : non ejus damnum , sed domini esset. Sed & eadem doctrina ab æquitate non est aliena : quia cum emphyteusis plerunque pro exigua mercede concedi soleat : hinc in compensationem fructuum meliorationes domino ex natura contractus cedunt , finita emphyteusi , etiam sine culpa emphyteutæ. Nam si ex culpa amittatur emphyteusis , veluti ob non solum canonem , vel ob alienationem illicitè factam , aliamve ob causam : tunc dominum meliorationes lucrari , extra controversiæ aleam positum est , *l. 2. C. de jure emphyt. Novell. 7. cap. 3. §. scire autem, &c.*

Non obstat *l. domos. §. 8 ff. de legat. 1.* ubi si quis faciat 571 impensas in re subjecta restitutioni post tempus , poterit eas impensas repetere ab eo , cui rem restituit. Idem ergo in materia nostra dicendum videtur : cum res emphyteutica post certum tempus , vel certam generationem restitutioni subjecta sit. Quia breviter respondeatur : ibi non esse rem ad meliorandum datam , neque meliorationes venire , sicut ex natura contractus emphyteutici veniunt.

Non obstat etiam textus in *c. 1. §. si vassallus. tit. 572 Hic finitur lex 28. lib. 2. feud.* ubi secundum unam lectionem , meliorationes pertinent ad vassallum , & non ad dominum. Nam res , quæ conceduntur in feudum ; non ad meliorandum dantur , sed propter servitia personalia , quæ sunt causa feudi. At causa contractus emphyteutici regulariter melioratio censetur , ut ex verbo ipso constat.

Imò ille ipse textus magis confirmat, quam evertit decisionem nostram: quia secundum opinionem ultimam, quæ in isto textu refertur, initio feudo, meliorationes factæ omnino ad dominum feudi pertinent: quæ opinio
 573 ultima in dubio tenenda est, per notata Accursii & aliorum in l. qui filium. 74. §. Fabius, in verb. & alia. ff. ad senatuscons. Trebell. & in l. ea lege. 3. C. de condit. ob. caus.

574 Nihil quoque movet, quod dominus videatur locupletari cum alterius, scilicet emphyteutæ, iactura & detrimento, contra regulam juris, l. nam hoc natura. 14. ff. de condit. indeb. l. jure natur. c. 6 ff. de reg. jur. Quoniam, ubi intervenit consensus tacitus, vel expressus, vel conventio, prædicta regula officium suum perdit: cum consentienti & volenti injuria non fiat. l. 1. §. usque adeo. §. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. jur. in 6. & tradidimus in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 45. num. 7. & seq.

575 Sic non repugnat. l. usufructu. 7. §. quoniam vers. habetenus. & l. sed, si qui. 1. §. in princ. de usufruct. & l. eum, ad quem. 7. C. eod. t. ubi usufructuarius, cui similis est emphyteuta, potest expensas utiliter factas repetere, vel detrahere. Quandoquidem & illæ leges nostram sententiam magis corroborant, quam impugnant: quia usufructuarius expensas modicas, ad quas de natura usufructus tenetur, repetere non potest: eas autem, quæ ex natura usufructus non veniunt, repetere potest, d. l. usufructu. 7. §. quoniam, ff. de usufr. d. l. eum, ad quem. 7. C. eod. t. Caterum omnes impensæ, quæ fiunt in re emphyteutica, ex natura ipsiusmet contractus veniunt: proindeque nullæ impensæ rei emphyteuticæ repeti possunt. Atque ita tradunt Franciscus Sarmient. lib. 3. selectar. interpretat. c. 4. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 92. & Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 45.

576 Postremò, quæ actio ex contractu emphyteutico datur & profluat, Doctores admodum variant: quibusdam actionem præscriptis verbis dari putantibus, Accurs. in l. 1. verb. custodiri. C. de jur. emphyteut. ibique Petr. de Bella Pertica, & Cyn. quest. 5. & Alberic. num. 8. Johan. Andr. ad Speculat. in tit. de emphyteus. quest. 171. num. 197. in fine & Oldendorp. class. de act. emphyteut. nonnullis conditionem ex lege competere contendentibus? Jason. in d. l. 1. num. 68. C. de jur. emphyteut. & ibidem Sychard. in fin. Wesenbec. in Paratit. ff. si ag. vectigal. id est, emphyteut. pet. num. 2. Ferrar. in tract. de jur. emphyteut. circa princip. Donell. lib. 9. Comment. de jur. civ. cap. 14. Treutler. Disput. 29. thes. ult. lit. g. vol. 1. Jacob. de Nigris in l. 1. num. 48. ff. de legat. 1. Valasc. in tract. de jur. emphyteut. quest. 6. num. 8. Heideinan. Disput. 17. proposit. 48. & Jul. Clar. lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis. quest. 47. ubi hanc communem esse opinionem affirmat, ex mente Bartoli in l. unius. num. 7. ff. de condit. ex leg. Ego verò peculiarem ac propriam inde actionem, videlicet emphyteuticariam, proficisci juri magis consonum esse concludo, arg. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. ibi, vectigali actione. ff. de dam. infect. & l. si, cum venditor. 66. in princ. ibi, actione, quæ de fundo vectigali, &c.

577 ff. de evictionib. Hujusque conclusionis ratio satis dilucida est: quia hic contractus emphyteuticus sua indole & natura, absque ulla nova lege, obligationem & actionem producit. Ideoque ex eo nulla alia actio oriri potest, quam emphyteutica sive emphyteuticaria. Actiones enim, quæ ex nominatorum contractuum vi naturali & propria proveniunt, etiam appellationem ab ipsorum
 578 contractuum nomine sortiuntur. Sic actio, quæ ex pignoris contractu nascitur, pignoratitia appellatur. §. ult. §. quib. mod. re contrahit. oblig. & tot. tit. ff. & C. de pignorat. act. Sic ex deposito sequestrario quæ oritur actio, depositi sequestraria actio dicitur, l. si in Asia. 12. §. cum sequestre. 2. ff. de depositi. Quare sententia illorum, qui præscriptis verbis actionem ex hoc contractu concedi
 579 affirmant, planè erronea est. Hæc quippe præscriptis verbis actio ex contractibus innominatis, qui nimirum certum & speciale nomen non habent, descendit, l. 1. 2. & 3. ff. de præscriptis verbis. Innominatus autem con-

tractus ex rei traditione vel facto initium capit & perficitur, l. 1. §. item emptio. ff. de rer. permutat. & l. natura. §. 1. in princ. & §. seqq. ff. de præscript. verb. cum tamen contractus emphyteuticus ad sui perfectionem neque rei traditionem, neque factum desideret: id quod vel ex eo colligitur, quod olim vel pro emptione & venditione, vel pro locatione & conductione haberetur, per hunc §. nostrum, & l. 1. C. de jur. emphyteut. & explicatum supra num. 55. & 62. quos contractus solo consensu perfici, tralatitium est, initio tit. §. de obligat. ex consensu, l. 2. in princ. ff. de obligat. & actionibus. Quin & illi
 580 qui conditionem ex lege hic competere autumant, æquè hallucinantur. Etenim conditioni ex lege toties est locus, quoties nova aliqua lege obligatio introducta est, nec tamen cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, d. l. unius. ff. de condit. ex leg. Atqui obligatio hujus contractus non est introducta Imperatoris Zenonis nova lege: siquidem & ante ejus constitutionem hic contractus sua naturâ fuerit efficax ad producendam obligationem & consequenter actionem, ut patet ex hoc §. nostro, & tot. tit. ff. si ager vectigal. &c. Rectè ergo statuitur, ex hoc contractu proficisci peculiarem seu propriam actionem, nimirum emphyteuticam; quæ à veteribus Jurisconsultis interdum actio vectigalis, interdum de fundo vectigali dicitur, d. l. si finita. 15. §. si de vectigalibus. 26. de dam. infect. & d. l. si, cum venditor. 66. in princ. ff. de evictionib. Quam sententiam tenent etiam & tuerentur Mynsinger. ad hunc §. num. 6. D. Bocerius class. 2. Disp. 14. thes. 39. edit. 2. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 43. D. Halbritter in Disp. de jur. emphyteut. de anno 1602. Resp. D. Banovio, thes. ult. Hanonius Disp. 16. controvers. 19. subtil. a. Bachovius in suis not. ad d. disp. 29. Treutleri. vol. 1. lit. G. pag. 1142. & ibid. Hunnius quest. 58. pag. 1863. & d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 13. item Richter d. tract. de contractib. disp. 10. thes. 6. pag. 324. Hucque referantur, quæ docui in additionib. ad Jul. Clar. §. emphyteusis, quest. 47. Hoc loco Dn. Collega Bocerius, num. 25. pag. 436. incivilem & rigidum nimis agit Censorem. Licet enim expressè scripserim supra num. 47. 576 & hoc num. 582. ex contractu emphyteutico propriam & specialem actionem proficisci, videlicet emphyteuticariam; & ita quoque sententem ipsummet Bocerum allegaverim: nihilominus tamen sinistram meis verbis affingere conatur sensum, quasi tradiderim: ex hoc contractu competere illam actionem vectigalem, quæ realis est, & adversus quemlibet rei emphyteuticæ possessorem datur, l. 1. §. ult. ff. si ager vectigalis, &c. Itane verò te ipsum prodis, mi Bocere? Itane consuetam tuam calumniandi libidinem detegis? Non dubito equidem: intelligere viros eruditos, sententiam illam, quam mihi adscribere non vereris, meam haud quaquam esse; sed hoc me saltem voluisse: actionem emphyteuticariam, quæ hoc ex contractu oritur, à veteribus Jureconsultis actionem vectigalem dictam esse: sicut & ager vectigalis seu emphyteuticarius dicitur in rubric. ff. si ager vectigal. vel emphyteut. pet. Verum enim verò hoc
 583 die parum utilis disputatio vel controversia ista videtur: cum nomen actionis in libello exprimi non sit necessum: sed sufficiat, factum ita aptè narrari, ut sine alia expressione iudex colligere possit, quæ actio agenti competat, per textum manifestum in c. dilecti. 6. ext. de judiciis, ibique Abbas Panormitan. Decius & Canonistæ communiter. Jason. in l. edita. 3. n. 2. C. de edendo. Bartol. Angel. & alii in l. 1. ff. eod. tit. Valascus d. tract. de jur. emphyt. quest. 6. n. 9. Vaconius à Vacuna lib. 6. novar. declarat. jur. declar. 88. & Gail. lib. 1. obs. 61. in princ. & num. ult. qui omnes id copiosius persequuntur. Tandem coronidis loco monendum:
 584 quod in causa emphyteutica iudex competens sit ille, cuius in territorio res emphyteutica sit sita. Ita communiori calculo concludunt Ludovic. Roman. consil. 2. 2. n. 6. Jason. in d. l. 1. n. 73. C. de jure emphyt. Mynsinger. respons. 78. n. 19. decad. 8. Petrus Frider. in tract. de process. in Cam. Imp. extrah. lib. 1. cap. 11. num. 8. eosque laudans novissimè Nicolaus Eggebrecht. in Synopsi juris emphyteut. conclus. 104.

§. Item quaritur. 4.

Item quaritur, si cum aurifice Titius convenit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet (verbi gratia) decem aureos: utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta: dubium non est, quin locatio & conductio sit.

S U M M A R I A.

- 1 Quale exemplum hic proponatur.
- 2 Artifex si constituto precio ex sua materia aliquid fecerit, venditio est: si vero ex materia ejus, qui jussit, conductio.
- 3 Mens & intellectus l. item si, pretio, 21. §. 2 ff. locati.
- 4 Area pars domus maxima.
- 5 Vnum idemque negotium diverso jure non censetur.

DE uno exemplo, quo similitudo emptionis & locationis confirmatur & declaratur, videlicet de emphyteusi, in §. precedenti, ubertim disputatum est: hoc loco offertur alterum exemplum, sumptum ex l. 2. in fin. ff. locati. in quo dubitatum fuit de negotio quodam, emptio-ne esset, an locatio. In quo negotii genere diligenter distinguendum est: utrum is, qui sibi quid fieri petit, etiam aliquid det, unde id fiat, necne. Nam si etiam quid dederit, locatio erit: si nihil dederit, erit venditio. Nec enim potest esse ulla locatio, ubi corpus ipsum, seu materia non datur ab eo, cui id fieret, l. Sabinus. 20. ff. de contrah. empt. Unde cum artifex, constituto precio, quid efficit, siquidem ex sua materia, venditio: sin ex materia ejus quid efficit, qui jussit, conductio contracta intelligitur, hoc §. nostro. d. l. 2. in fin. ff. locati. & l. scrib. 34. ff. de aur. & argent. legat. Sic si conveniat inter me & Titium: ut certum numerum tegularum mihi det certo precio: siquidem ex meo fundo tegulæ fiant, conductio erit: sin ex Titii, erit venditio. Toties enim (inquit Javolenus) conductio alicujus rei est, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet. Quoties vero & immutatur, & alienatur: emptio magis, quam locatio, intelligi debet, l. convenit. 6 §. ff. de contrah. empt.

3 Cui non obstat l. item si, pretio. 22. §. 2. ff. locati. ubi, si ita convenerit, ut tu insulam mihi ædifices, & omnem materiam suppedites; non venditio, sed locatio esse dicitur: cum tamen tu artifex non operam tantum, sed materiam etiam præstes. Atque ita licet ibi proprietas rerum à conductore alienetur, & in locatorem transferatur: nihilo minus tamen locatio contracta esse pronuntiatur, contra regulam jam propositam, qua asseritur, locationem non esse, ubi conductor rem, in qua aliquid fecit, in locatorem transfert. Non obstat, inquam. Hoc etenim in casu materia mea fit, non ratione contractus (nam alioquin esset emptio) sed ratione soli sive areæ, quæ domus pars est potissima & maxima, l. qui res. 98. §. ult. ff. de solutionib. Et sic in specie illius legis sciendum est: conductorem non præstitisse ipsum corpus, hoc est, solum, in quo præstabat operas: & domum quidem sua materia ædificasse, sed in solo ipsius locatoris: ut rectè istam legem exaudit Baldinus, Hotomanus, Bachovius & Heigius hic n. 4. & post alios, quos citat, Menochius in tract. de retinend. possess. remed. 4. n. 16. & seq.

5 Porro rationes Cassii, cur hoc negotium in præsentibus relatum, partim emptio videatur, partim locatio, sunt faciles. Cur autem contra Cassium venditio tantum negotium istud, quo quis & operam & materiam præstat, existimetur, hæc est ratio: quia perinde hoc est, atque si annulum antè confectum ab aurifice quis emat, notante Wesenbeccio hic ad lit. a. tam quia absurdum est, ut unum

idemque negotium diverso jure censeatur, argument. l. rerum mixtura. 30. §. 1. ff. de usurpat. & usucapionib. Gi-phanus hic in verb. Cassius, &c.

§. Conductor autem. 5.

Conductor autem omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermisum fuerit: id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit: ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit: de restituenda ea non tenebitur.

S U M M A R I A.

- 1 Pacta, in contractu facta, sunt servanda.
- 2 In contractibus bona fidei multa ex æquo & bono præstanda veniunt, qua nominatim expressa non sunt.
- 3 Conductor in solvenda mercede moram faciens, ad usuras tenetur.
- 4 Res conducta alii aequè idoneo rursus locari potest.
- 5 In locationis contractu quid sit præstandum.
- 6 In quibus contractibus præstetur dolus & culpa.
- 7 Casus fortuitus an & quatenus præstetur: & num. 15.
- 8 Culpa lata in contractibus dolo equiparatur.
- 9 Interpretatio l. in iudicio 28. C. de locato.
- 10 Argumentum à contrario sensu quando procedat.
- 11 Instantia refutatur.
- 12 Custodia non accipi potest pro diligentia.
- 13 Qualis custodia in conductore desideretur.
- 14 Positivus pro superlativo interdum, & contra, ponitur.
- 15 An casus fortuitus in se recipiens, vel eis generaliter renunciandi, de insolitis etiam sentire intelligatur.
- 16 Vis major quæ dicatur.
- 17 Consideratio l. 1. C. de positi.
- 18 A casu insolito minus damni metuendum, quam à solito.
- 19 Oratio indefinita æquipollet universali.
- 20 Natura signi vel vocis universalis.
- 21 Vera & genuina sententia l. pſtulas. 78. §. frumenta. ff. de contrah. empt.
- 22 Consideratio l. Sejo. 10 §. 1. ff. de annuis legat.
- 23 Qualis interpretatio fieri debeat in ultimis voluntatibus.
- 24 Voluntas defunctorum spectanda.
- 25 In claris non opus est conjecturis.
- 26 Paciscentes ultra intentionem non tenentur.
- 27 Genere expresso, censentur quoque singula expressa species.
- 28 Expositio l. qui occidit. 30. §. 3. ff. ad l. Aquil.
- 29 Sententia l. si putator. 31. ff. eod.
- 30 Quatenus quæ raro accidunt, in considerationem veniant.
- 31 An qui periculum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur.
- 32 Periculum omnium omnino casuum sub se comprehendit.
- 33 Consideratio l. si, ut certo. 5. §. 2. & seqq. ff. commodati.
- 34 Summa l. item quaritur. 13 §. 5. ff. locati.
- 35 Generalis provisio quid operetur.
- 36 Intellectus l. litis. 37. §. 1. ff. de negot. gest.
- 37 Mens l. negotium. 22. C. de negot. gest.
- 38 Negotiorum gestor de omni culpa, etiam levissima, tenetur.
- 39 Explicatio l. quæ fortuitis. 6. C. de pignorat. act.
- 40 In generali promissione quæ veniant.
- 41 Quodnam damnum in se periculum contineat.

DOcet hic Justinianus Imperator: quid in locationis contractu sit præstandum: & ait, servandam esse legem conductionis, hoc est, id præstandum esse, quod convenerit, l. legem. 16. C. de locato. adeo quidem, ut etiam casus fortuitus præstetur, si ita inter locatorem & conductorem fuerit conventum, l. si quis domum. 9. §. Julianus. 2. ff. locati. Pacta siquidem in ipso contractu facta, quæ in jure leges dicuntur, servari oportet, maxime in contractibus bonæ fidei, ut est locatio, l. si merces. 25. §. conductor. 3. l. ea lege. §. 1. in princ. l. insulam. §. 8. §. 1. ff. eod. l. 1. in princ. & l. juris gentium. 7. §. quinimo. §. ibi, quæ legem contractui dant, ff. de pact. l. 1. §. si convenit. 6. ibi.

ibi, contractus enim legem ex conventionem accipiunt, & l. Lucius. 24. in fine. ff. de positi. l. venditor. 13. in princ. ff. communia praedior. tam urbanor. quam rusticor. & l. contractus. 23. ibi, legem enim contractus dedit. ff. de reg. jur. Quod si nihil convenerit: sive (ut Imperator hoc loci loquitur) si quid in lege praetermissum fuerit: id, quod æquitas postulabit, spectabitur. Commune enim hoc est omnibus bonæ fidei contractibus, ut in iis multa ex æquo & bono præstanda veniant, quantumvis linguâ nuncupata sive expressa non sint, §. fin. supr. de obligationib. ex cons. §. in bonæ fidei. 30. infr. de actionib. l. quia tantundem. 7. ff. de negoc. gest. Unde conductor, si in solvenda mercede moram fecit; etiam usus mercedis præstabit, utcumque de usuris nihil convenerit, l. 2. l. licet. 8. & l. præses. 17. C. de locato. Quia id bonum & æquum postulat. Sic si ædibus conductis, ab inquilino damnum sit illatum, etsi de eo refarciendo in lege conductionis nulla facta fuerit mentio: tamen, cum factum alienum in alterius damnum & injuriam redundare non debeat, damnum illatum inquilinus refundere tenetur: quia & hoc bona fides sive bonum & æquum exigit, l. de pupillo. §. si plurimum. 15. in fin. ff. de operis novi nunt. l. non debet alteri. 74. ff. de regul. jur. Borcholt. hic in fine. Hinc quoque fit, ut res conducta alii æque idoneo & ad eundem usum rursus locari possit, l. si tibi alienam. 7. l. cum in plures. 60. in princ. ff. locati. & l. nemo. 6. ubi Dd. C. de locato. Heigius in §. nostro, num. 1. Jacobus Cancerinus part. 1. variar. resol. jur. cap. 14. n. 2. fol. 161.

Præterea indicat Justinianus hic in vers. qui pro usu, &c. in hoc contractu præstari custodiam diligentissimi patrisfamilias: id est, præstari non tantum dolum, sed etiam culpam; casum verò fortuitum non item, d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. d. l. si quis domum. 9. §. Celsus. §. ff. locati. Ratio, cur dolus præstetur, expedita est: quia hic contractus est bonæ fidei. §. actionum. 28. infra. de actionib. l. cum venderem. 21. ff. locati. Cur præstetur culpa, ratio illa est: quia hic contractus fit utriusque contrahentium causa. Est autem tralatitium, in iis contractibus, qui utriusque gratia celebrantur, dolum & culpam præstandam esse, l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. vers. sed ubi utriusque ff. commodati. De casu fortuito, cur ille non præstetur, ratio est perspicua: quia is in nullo bonæ fidei contractu præstatur, nisi aliter convenerit, dict. l. contractus. 23. in fin. ff. de reg. jur. l. si in venditione. 10. in fin. ff. de peric. & commod. rei vend. l. videamus. 11. §. 1. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis, & d. l. si merces. 25. §. vis major. 6. ff. locati. l. licet. 8. & l. excepto. 18. C. eod. l. qua fortuitu. 6. Cod. de pignoratit. act. & l. 1. C. de positi. Bronchorst. cent. 1. Miscellan. controvers. assert. 71. Cæterum de culpa quod diximus; culpam latam (quæ in contractibus appellatione doli venit, eique quasi involvitur, cum ei proxima sit, l. quod Nerva. 32. ff. de positi. l. magna. 226. ff. de verb. signif.) & levem, non verò levissimam, intelligimus. Cum enim locatio & conductio (ut paulo ante monitum) ex eo contractuum genere sit, in quibus utriusque utilitas vertitur: conductorem de levi culpa, non etiam de culpa levissima teneri, omnino dicendum est, d. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. §. ult. sup. quibus. mod. re contrahit. oblig. Joan. Matienus in repetit. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 205. cum seqq. fol. 173. & seqq. Timæus Faber. disp. 24. ad Instit. Imperial. thes. 11. lit. b. Dn. Besold. in delib. jur. ex lib. 19. ff. quest. 4. pag. 30. & seq. Dorningius in Bibliotheca jurisconsultor tom. 1. in verb. actio locati. n. 12. fol. 380. Locamer. questionum juridic. fascic. 39. quest. 5.

Non obstat huic sententiæ textus in l. in iudicio. 28. C. de locato. ubi Impp. Dioclet. & Maxim. ita expressè rescripserunt: In iudicio tam locati, quam conducti, dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat. Quibus verbis cum Impp. nihil nisi casum fortuitum, quem conductor præstare non debeat, exceperint: culpam utique levissimam sub regula comprehendere voluisse videntur. Non, inquam, textus ille obstat. Quia in eo Impp. de dolo, & de custodia, &

de casu fortuito tantum consulti, de illis duntaxat responderunt: de culpa levissima respondere necesse non habuerunt: quoniam de eo proculdubio interrogati non erant. Neque verò existimandum est, in constitutionibus à Justiniano in Codicem suum relatis, inclusionem sive positionem unius esse statim exclusionem alterius. Siquidem jam pridem traditum est, argumentum à contrario sensu tum demum procedere, si juris dispositioni, ejus verationi non sit contrarium, Nicol. Everhard. in loco legali, à contrario sensu, n. 8. & seqq.

Neque movet quicquam, quod regeritur, in hunc¹¹ locationis contractum venire custodiam, d. l. in iudicio. 2. Cod. de locat. Ergo & levissimam culpam. Etenim respondetur: custodiam opponi culpæ levi, non etiam levissimæ; huic autem opponi diligentiam: & à quo diligentia & culpa levissima præstanda est, ab eodem præstandam esse, & quidem multò magis custodiam & culpam levem: non vicissim à quo custodia & culpa levis, ab eodem etiam protinus diligentiam & culpam levissimam. Inest enim diligentia etiam custodia, non etiam custodia diligentia. Quibus consequens est: ut si Impp. in d. l. 28. dixissent, in iudicio tam locati, quam conducti, venire dolum, & diligentiam; tum rectè inde inferretur, culpam quoque levissimam venire. Quæ si mens ipsorum fuisset: tam fuisset facile dicere diligentiam, quam dicere custodiam: & sanè ita omnino dicere debuissent, ut omnia illa complexi fuissent: siquidem diligentiam dicendo dixissent utique, etsi verbis non expressis, tamen per interpretationem, ipsamque rei naturam & vocum proprietatem, etiam custodiam. Custodiam autem velle interpretari diligentiam, Juris¹² consulti non admittunt. Paul. lib. 2. sentent. tit. 4. §. servus, in fine. d. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commod. l. cum res. 47. §. penult. ff. de legat. 1. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Et ita disertè docet D. Vultejus lib. 1. disceptat. scholast. cap. 15. & Paulus Berens disp. 11. ad Institut. them. 2. quest. 3.

Nec resistit quoque hic §. noster. & d. l. si merces. 13. 25. §. qui columnam. 7. ff. locati. quibus in locis disponitur, quod in conductore talis custodia desideretur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; atque ita ob levissimam etiam culpam teneatur. Nam utrobique superlativus diligentissimus, pro positivo diligens usurpatus est: ut mones hic glossa, Wesenbecius, Borcholt. & Heigius num. 3. & sequitur Petrus Faber in d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique D. Bocer. c. 4. num. 97. & seq. edit. 2. & in hoc tit. n. 89. pag. 413. Trentl. vol. 1. disp. 29. th. 6. lit. E. & inibi Bachovius in suis not. pag. 1117. Neque hoc absurdum, aut mirum alicui videri¹⁴ debet: cum è contrario positivus pro superlativo non raro positus reperiatur, ut in §. item is, cui res aliqua. vers. at is, qui utendum accepit, sup. quib. mod. re contrahit. obligat. & in d. l. si, ut certo. §. §. custodiam. ff. commodati. & in l. heredes. 25. §. non tantum. ff. familia ercisc. Tametsi aliter alii (quos plerosque dicto loco accuratè satis refellit Bocer) istud explicent, Hotomannus, Linius, Schneidevvin. & Mynsinger. in hoc §. Alciatus in d. l. magna. 226. ff. de verb. signif. Caspar Caballinus in tractat. (quem Molinæi quidam putant) de eo, quod interest, pag. mihi. 260. num. 182. Bronchorst. cent. 1. εραττο παρὰ. assert. 74. edit. 1. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quest. 6. Olemán. ad lib. 3. disputat. juris civil. Giphani, Disp. 29. n. 19. & Hedemannus disp. 29. proposit. 24. ad lit. b.

Porro cum ex modò expositis appareat, conductorem¹⁵ de casu fortuito non teneri, nisi eum nominatim in se receperit: non ineptè quæri poterit: nunquid casus fortuitos in se recipiens, vel eis generaliter renunciando, de insolitis etiam sentire intelligatur? Et quamvis negativam plerique acerrimè defendere nitantur, Bartol. in l. sed & si quis. 4. §. questum. ff. si quis cautionib. in iudic. sistend. caus. &c. Ripa in tractat. de peste rubr. de privilegiis contractuum tempore pestis. num. 97. Alexand. cons. 28. n. 10. & cons. 281. vol. 1. & consil. 108. num. 16. vol. 3. Socin. consil. 23. lib. 4. Corne. consil. 282. lib. 4.

- Decius consil. 7. n. 2. Gail. lib. 2. observ. c. 23. n. 18. Menoch. lib. 2. de arbitr. judic. quest. centur. 2. cas. 80. Gomez. tom. 2. resolut. c. 2. n. 19. Treutl. disp. 29. vol. 1. thes. 6. lit. b. Forster. junior. lib. 3. disput. 18. thes. 13. D. Bocér. in hoc tit. n. 94. cum seq. pag. 415. Eggebrecht. in synopsi juris emphyteutici. conclus. 181. Hilliger. in Donello enucleato. lib. 16. c. 3. in notat. ad lit. C. D. Besold. vol. 4. consil. 124. n. 61. fol. 295. alique plures: ego tamen affirmantium partes sequendas esse judico, per d. l. si quis domum. 9. §. si quis fundum. 2. ff. locati. ubi traditur, standum esse pacto, si quis locaverit fundum ea lege: ut, etiam si quid vi majore accidisset, ei merces præstaretur.
- 16 Vis autem major intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis, cui resisti nequit, d. l. ex conducto. 15. §. si vis tempestatis. ff. eod. Unde saltem in genere, de omni casu fortuito, sive solito, sive insolito, ea pactione cogitatum videtur. Nec dicitur casus fortuitus, nisi raro contingat, teste Bald. in d. l. sed & si quis. 4. §. questum ff. si quis cautionibus, &c. Eodem non parum confert textus
- 17 generalis in d. l. 1. C. depositi. ubi Alexander Imp. ita rescripsit: Si incursu latronum, vel alio fortuito casu ornamenta deposita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem ejus, qui depositum accepit, qui dolum solum & latam culpam (si non aliud specialiter convenit) præstare debuit, non pertinet. Quod si preteritu latrocinii commissi, vel alterius fortuiti casus, res, quæ in potestate heredis sunt, vel quas dolo desit possidere, non restituntur; tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed &
- 18 in rem vindictio competit. Præterea cum conductor in se, casum solitum & frequenter contingentem recipere ac sustinere voluit: censetur profecto multo magis insolitum & rarissimè contingentem casum fortuitum in se recipere voluisse: cum ab hoc minus ipsi damnum & periculum, quam ab illo, metuendum sit, atque expectandum. Accedit denique, quod oratio indefinita æquipollet universali, l. quod dicitur. 4. ff. de tutel. l. si ita. 43. in pr. & l. seq. in princ. ff. de legat. 2. l. si plures. 98. ff. de legat. 3. Itaque qui casus fortuitos in se recepit, reputatur omnes omnino suscepisse, qui evenire possunt. Et minus dubitandum erit, quando adest signum universale: cujus ea natura est, ut omnia includat, l. a procuratore. 13. C. mandati. l. omnes. 3. C. sine censu vel reliquis fundum comparari, &c. c. solita. 6. de majoritate & obedient. c. 2. de observ. junior. Cravett. consil. 294. n. 1.
- 21 Nec hanc assertionem perturbat l. fistulas. 78. §. frumenta. 3. ff. de contrah. empt. ex qua dissentientes colligunt: eum, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, de solito, non autem insolito, cogitare censer. Nam verus & genuinus legis istius sensus est: venditorem, qui frumenta in campis existentia vendidit, si emptori promisit, se præstiturum id damnum, quod vis, aut mala tempestas attulisset, ex hac promissione teneri, si nives immoderate & contra consuetudinem sævientes, non verò si ordinariæ, mediocres & moderatæ, damnum intulerunt. Quia cum hyemis tempore ningerè soleat: non censetur emptor damnum ex moderata nivæ ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita: nec venditor ex causa cujuscunque damni evenientis obligare se voluisse præsumitur. Quæ res nihil juvat contrariam sententiam; sed nostram potius confirmat: quod scilicet sub casu fortuito etiam insolitus contineatur: & venditor, qui in se receperat casum fortuitum, insolitum quoque casum in se recepisse intelligatur.
- 22 Similiter non obstat l. Se o amico. 10. §. medico. 1. ff. de annuis legat. ubi si legentur medico, quæ vivus testator præstabat, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt. Unde dicendum videtur, quod ille, qui casum fortuitum præstare promisit, eum duntaxat casum promississe censeatur, qui consuevit frequenter accidere: non qui rarissimè contingit. Noti, inquam, lex illa obstat. Quia in ultimis voluntatibus regulariter fit interpretatio, quæ minus heres gravetur, adeoque in dubio illud relictum putatur, quod minus est, & de quo testator verisimiliter senserit, l. si ita sit adscriptum. 14. in fine. & l. cum servus. 39. §. scio. 6. ff. de legat. 1. l. nummis. 75. ff. de legat. 3. Siquidem in testamentis voluntatem de-24 functorum attendimus & sectamur l. in conditionibus. 19. in princ. ff. de condit. & demonstrat. Novell. 22. cap. 2. Atqui in proposita questione verba satis clara sunt 25 & manifesta, ut conjecturis locus non relinquatur, l. continuus. 137. §. cum ita stipulatus. in fin. & l. eum, qui. 138. in fine. ff. de verb. obligat.
- Nihil præterea obstat, quod de casu insolito & ra-26 rissimè contingente non præsumatur cogitasse, qui casum fortuitum in se pactione recepit: paciscentes autem ultra intentionem non teneantur, arg. l. obligationum. 3. §. 1. ff. de obligat. & actionib. Etenim qui genus promit-27 tit, & de genere cogitat: censeretur utique etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, sensisse, cogitasse & promississe: cum expresso genere, expressæ quoque censeantur ejus species, l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3. l. si duo. 51 in fine. ff. de administrat. & peric. tutor. At casum fortuitum insolitum, esse speciem casus fortuiti, exploratum certumque est.
- Amplius non obstat l. qui occidit. 30. §. in hac. 3. in 28 fin. ff. ad l. Aquil. ubi Paulus inter cætera ita scribit: At si omnia, quæ oportuit, observavit: vel subita vis venti longius ignem produxit: caret culpa. Quibus ex verbis non obscure colligitur, quod ad insolitum quis non obstringatur. Non obstat, inquam. Illic enim ignem in stipulam suam immittens tenetur de damno, ob culpam dato: at non de casu fortuito. Nam qui ex lege Aquilia convenitur, ex culpa obligatus est, d. §. 1. & l. in lege. 44. ff. de tit. cum similib. Ast in proposito non agitur de obligationibus, ex culpa provenientibus; sed de casu, ex facto contingente. Idem respondetur ad l. 29 si putator. 31. ff. eod. Ibi namque cum putator divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit; meritò culpa ab eo non exigitur, ut habetur in fine istius legis.
- Adhæc non refragatur, quod quæ perrarò accidunt, 30 non veniant in considerationem, l. 3. & seqq. ff. de legib. Hæc etenim regula non obtinet locum, quando de iis casibus, qui raro accidunt, quique insoliti sunt, pactum interpositum est. Tunc siquidem pactioni standum erit. Sic quamvis leges ad ea potius debeant aptari, quæ frequenter & facile, quam quæ perrarò eveniunt, l. nam ad ea. 5. ff. eod. tit. attamen & de iis, quæ perrarò fiunt, leges ferri solent, §. insula 22. supr. de rer. divis. Atque ita docent Angel. Fulgos. Castrens. & Ludovic. Roman. in d. l. sed & si. 4. §. questum. ff. si quis cautionib. &c. Nevizan. consil. 91. n. 13. Gozadin. consil. 27. n. 25. Pinel. in l. 2. C. de rescin. vend. part. 1. cap. 3. num. 29. cum seqq. Fachin. lib. 1. controvers. jur. c. 86. Bachovius in suis not. ad d. vol. 1. Treutleri disp. 29. th. 6. lit. H. pag. 1118. ibidem Hunnius in suis resolut. quest. 19. pag. 1776. cum seqq. & Hieronymus Panschman. in declaratione præcipuar. quest. circa materiam locat. conduct. &c. q. 7. n. 24. & seqq. alique per eos laudati.
- In questionem vocari & illud solet: utrum qui pericu-31 culum alicujus rei in se recepit, casum etiam fortuitum in se recepisse intelligatur? At sanè per susceptionem generalem periculi, aliquem ad casum etiam fortuitum obligari, nec necesse esse casus specialiter enumerari, probabilius est & verius: utut dissentiat, post plures à se citatos, Joannes Mariencus in d. repetitione. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. num. 299. fol. 187. Primò enim haud 32 incogniti juris est: periculum comprehendere sub se omnem casum, qui cum, vel sine culpa contingit, l. 1. l. si in venditione. 10. & l. quod si neque. 14. ff. de peric. & commod. rei vend. l. & Aristoni. 39. ff. mandati. Genus quippe periculum est: casus verò fortuitus species. Consequens itaque est: ut, qui periculum rei alicujus in se suscepit, etiam de casu fortuito teneatur, arg. d. l. si chorus. 79. in princ. ff. de legat. 3. Deinde idem eviden-33 ter confirmatur per textum in l. si ut certò. 5. §. nunc videndum. 2. cum duobus. 55. seqq. ff. commodati. ex quo textu colligere promptum est; si de periculo sit conventum, ad recipientem pertinere casus fortuitos.
- Præterea

34 Præterea eandem sententiam non parum probat *l. item quæritur. 13. §. si gemma 5. ff. locati.* ubi is, qui gemmam includendam, aut insculpendam acceperit, eaque fracta sit; si quidem vitio materiæ factum sit, non tenebitur: nisi periculum in se artifex receperit. Tunc enim, etsi vitio materiæ id evenit, erit ex locato actio. Unde apparet, quod licet artifex non sit in culpa, sed casus accadat ex vitio materiæ: tamen artifex propter conventionem teneatur. Denique huc facit trita illa regula, qua dicitur, quod generalis provisio tantum operetur, quoad omnes casus, quantum specialis, sive enumeratio specierum, quoad quosdam, *d. l. si chorus. 79. in pr. ff. de legat. 3. l. omnes. 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Cum igitur tantum operetur genus, quantum enumeratio specierum: consequens erit, ut sub periculi susceptione & casus fortuitus, tanquam species sub suo genere, comprehendatur. Idque latius paulo declarat Hunnius *lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 4. pag. 1127. & seqq. item in resolut. ad Trentler. vol. 1. disp. 29. quæst. 18. p. 1773. & seqq.*

36 Non adversatur huic sententiæ *l. litis. 37. §. 1. ff. de negoc. gest.* ibi dum Paulus significat, quod etsi quis periculum eorum nominum, quæ ipse contraxit, subire cogatur: non tamen teneatur, si debitores casu non fiant solvendo: inde colligi posse videtur, quod licet ad periculum quis obligatus sit; non tamen de casu fortuito teneatur. Non, inquam, lex illa adversatur. Quia in ea casus fortuitus à periculo (quod aliàs casum sub se fortuitum, tanquam speciem, complectitur) excipitur: sic, ut negociorum gestor nominum sive debitorum, quæ ipse contraxit, periculum sustineat & præstet, excepto casu fortuito, quo debitores ita fortunis & facultatibus suis lapsi everisque sunt, ut tempore litis contestatæ solvendo non sint. Ex quo perspicitur: si casus fortuitus à lege non fuisset disertè exceptus, eum sub periculo, tanquam sub genere, comprehensum fuisse. Quod si igitur negociorum gestor conventionem vel pacto in se periculum receperisset, nec expressè casum fortuitum excepisset: certè ad hunc quoque obligatus fuisset. *Hunnius locis modo notatis.*

37 Non etiam adversatur *l. negotium. 22. C. de negoc. gest.* ubi ad hoc, ut quis de casu fortuito teneatur, requiritur speciale pactum. Unde consequens esse videtur, generale pactum de periculo non sufficere. Non, dico, adversatur. Ideo namque pactum speciale ibi requiritur ad hoc, ut negociorum gestor de casu fortuito teneatur, quia ex natura quasi contractus negociorum gestionis, præstandus non venit casus fortuitus. Proinde Imperatores pactum speciale exigunt: quoniam hoc sufficit, nec opus est, ut generale pactum de periculo præstando interveniat: maximè cum & alias expediti sit juris, quod de omni culpa, adeoque etiam levissima, negociorum gestor conveniri possit, *§. igitur. 1. in fine. infr. de obligat. qua quasi ex contract. nascunt. ubi id explicatum est fusius, n. 41. & seqq.* ut idcirco planè supervacuum fuerit generale de periculo præstando pactum interponi.

39 Non insuper adversatur. *l. que fortuitis. 6. C. de pignorat. act.* ex cuius legis verbis aperte constat, quod generalis conventio super amissione pignoris non sufficiat, sed specialis desideretur. Illi enim nequaquam desideratur, ut casus omnes specialiter enumerentur: sed sufficit, ut generaliter super amissione pignoris conveniatur: qua conventionem comprehendantur & casus fortuiti, ut est aggressura latronum, & alii, per quos accidit, ut pignus amittatur. Sed & hoc observandum est; quod in *d. l. 6.* proponatur regula, quod in bonæ fidei judiciis casus fortuitus non præstetur: eique subijciatur exceptio: nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. Hanc proinde exceptionem de casu fortuito concepit Imp. Alexander: quia & regula de casu fortuito concepta erat.

40 Pariter non adversatur, quod in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus, *l. obligatione generali. 6. & l. denique. 8. ff. de pignorib. l. penult. in princ. ff. de privileg. creditor.*

l. 1. C. que res pignori obligari poss. adeoque verisimile non sit, ut quispiam ad casus fortuitos, qui varii sunt ac innumeri, absque expressa mentione & conventionem se obligare voluerit, aut de iis cogitare potuerit, *arg. l. qui cum tutoribus. 9. §. 1. & ult. ff. de transactionib.* Respondetur enim: eo ipso, quod quis in genere consentit, videtur in genere de omni omnino casu cogitasse, *arg. l. qui jure militari. 7. ff. de testamento militis, & consimili m.* Præterea regula illa (quod in generali promissione non veniant ea, quæ quis specialiter non fuisset concessurus) non est generalis: siquidem & in contractibus per generalem casus fortuiti susceptionem veniunt casus, qui sub istis verbis comprehenduntur: ut specialis eorum enumeratio non sit necessaria, *per rationes supra pro sententia nostra allatas.*

Tandem non adversatur, quod veritati consentaneum non sit: aliquem casum fortuitum, cui resistere non potest, velle subire, nisi clarissimè de obligantis mente constet. Et quia periculum non illud tantum damnum continet, quod ex casu fortuito, sed & quod culpa contingit: susceptione periculi ad exactissimam diligentiam obligabitur. Hoc, inquam, non adversatur. Quandoquidem ex eo, quod conductor rei sibi locatæ periculum expressa conventionem in se recepit, apertissimè constat, quod non solum ad omnem culpam: sed ad casum etiam fortuitum præstandum sese obligare voluerit. Aliis objectiunculis, quæ vulgò contra nostram sententiam adduci solant, satisfacit D. Hunnius locis præallegatis. Atque huc referenda sunt, quæ annotavimus ad *§. item is. 2. num. 35. & seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat.* Porro an & quatenus conductor incendium præstet, post alios, explicant abundè Andreas Gail. *lib. 2. observat. 22. Mynsinger. cent. 6. observ. 88. & Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 2. quæst. 7. pag. 1136. & seqq.*

§. Mortuo conductore 6. & ultimus.

Mortuo conductore intra tempora conductionis: heres ejus eodem jure in conductione succedit.

S U M M A R I A.

- 1 Conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione succedit.
- 2 Casus sive species facti.
- 3 Heres in omne jus defuncti succedit.
- 4 Voluntas hominis morte terminatur.
- 5 Interpretatio *l. si domina. 10. C. de usufructu.*
- 6 Usufructus finitur morte usufructuarii.
- 7 Quibus casibus locator conductorem, ejusve heredem expellere possit.
- 8 Emptor rei locatæ, & quivis successor singularis locationi, ab alio facta, stare non cogitur.
- 9 Et eo casu venditor conductori ad interesse tenetur.
- 10 Quando emptor locationi, à locatore facta, stare necesse habeat.
- 11 An uxor teneatur præcisè stare locationi rerum dotalium per maritum facta, & contra.
- 12 Successor singularis voluntarius à locatione resilire potest.
- 13 Verum Studiosus domum conducens, ob necessitatem heredum defuncti locatoris, ante tempus conventum ex ista domo emigrare compellatur.
- 14 Ab expressis verbis legis non recedendum.
- 15 Contractus ex conventionem legem accipiunt, pactaque servanda sunt.
- 16 Contractus & pacta ab initio sunt voluntatis, ex post-facto necessitatis.
- 17 Necessitas à fortuna proveniens, justam expellendi conductorem causam præbet.
- 18 Consideratio Auth. habita. C. ne filius pro patre, &c.
- 19 Studiosi à vectigalibus & similibus oneribus sunt exempti.
- 20 In re suo utens, injuriam facere non creditur.
- 21 Heredes alicujus officialis mortui, recepto prius integro solatio, ad restitutionem aliquam non tenentur.

Hoc loco subijcit Justinianus: quod, conductore ante præstitutum tempus defuncto, heres ejus eodem jure in conductione succedat. Idque non solum in conductione temporali, sed etiam perpetua obtinere, palam

palam est, *l. viam veritatis*. 10. *C. de locat. & conducto*. *l. sed addes*. 19. §. *ex conducto*. 8. & *l. si in lege*. 24. §. *ult. ff. eod.* & *l. heredem*. 59. *ff. de reg. jur.* Idemque statutum reperitur jure renovato Wirtembergico, *part. 2. tit. 17. §. von Zeit des Bestands/ &c. vers. so dann der Zening.* 299. Species sive casus talis constitui potest: Titius locavit Sempronio habitationem sive fundum per quinquennium: anno tertio, sicq; ante tempus locationis finitum, moritur Sempronius conductor. Quæritur: an Sempronii jam mortui heres in habitatione seu fundo conducto manere, & reliquum tempus complere, atque adeo in conductione succedere possit? Et merito respondetur, posse: quia tali contractu jus quæsitum est defuncto ad quinquennium. Heres autem in omne jus defuncti succedere solet, §. *sed neque heres*. 10. *juncto §. legatariis, sequente. supr. de testament. ordinand. l. hereditas*. 62. & *l. qui in jus*. 177. *ff. de regul. jur.* Matthias Stephani *cent. 3. sub quest. 77. Dominic. Card. Tusch. tom. 5. practica. conclus. lit. L. conclus. 413. num. 1. cum seq. Berlich. part. 2. conclus. practica. concl. 45. num. 1. pag. 966.* Et hoc quidem verum est; nisi locatio ita facta fuerit, quamdiu voluerit locator. Tum enim, cum voluntas hominis vitæ suæ finibus, id est, morte terminetur: isthæc locatio ad heredem non transit, sed morte locatoris tollitur, *l. locatio*. 4. *Digest. locati*: Giphanius & Heigius hic num. 3.

§ Decisio porro nostri §. non adversatur, *l. si dominâ*. 10. *C. de usufructu*. ubi morte ejus, qui conduxit usumfructum, extinguitur conductio ususfructus, nec ad heredes conductoris transit; quantumvis intra conductionis tempora conductor mortuus sit. Nam aliud obtinet in conductione ususfructus, quam proprietatis. Conductio proprietatis ad heredes conductoris transit: conductio vero ususfructus non transit. Ratio diversitatis hæc est: quia conductio ususfructus secundum naturam, quam habet ususfructus, prout est servitus personalis, facta censetur. Quemadmodum enim ususfructus morte usufructuarii finitur: ita & locatione ususfructus facta, morte conductoris ususfructus conductus perimitur; licet non sit propriè ususfructus constitutus in persona conductoris, sed commoditas quædam utendi fruendi; quæ æquè morte conductoris, ac ususfructus morte usufructuarii extinguitur, §. *finitur, supr. de usufruct. l. 3. §. ult. ff. quibus mod. usufruct. amitt. l. corruptionem*. 16. *C. de usufruct. Castrens. in d. l. si dominâ*, 10. *Cod. eod. eumque citans Bronchorst. centur. 1. Miscellan. contrav. assert. 72.*

7 Locator igitur heredem conductoris ejicere aut expellere non potest, sicuti nec ipsum conductorem: nisi propriis usibus domum sive rem necessariam esse probaverit: vel corrigere & reficere domum maluerit: vel conductor, ejusve heres male in re locata versatus fuerit, *l. ade*. 3. *ibiq; Bartol. Salicet. Fulgos. & Dd. commun. C. de locato & conduct. Schneidevvin. hic. num. 9. Virgil. Pingiz. in suis quest. Saxon. q. 10. Berlich. de conclus. 45. n. 7. p. 969. Trentacing. variar. resolut. lib. 3. tit. de locat. & cond. resol. 4. & fusius docuimus ad princip. supr. hoc tit. n. 64. & seq.* Sanè emptor rei locatæ, aut quisvis alius successor singularis, præcisè locationi ab alio factæ, stare non tenetur: sed conductorem expellere poterit, *l. emptorem*. 9. *ubi Cynus, Bald. Salicet. Gothofred. Alberic. de Rosat. & alii C. de locat. l. qui fundum*. 32. *ff. eod. l. nihil proponi*. 120. §. *ult. ibiq; gloss. in verb. colonum. ff. de leg. 1. l. arbores*. 59. §. 1. *ff. de usufr. Covarruvias lib. 2. var. resolut. c. 15. n. 1. Guido Papa decis. 480. Petr. August. Morla in emporio jur. part. 1. tit. 10. q. 2. Matth. Stephani d. cent. 3. q. 78. lit. b. Cancerius part. 1. var. resolut. jur. c. 14. n. 20. & seqq. fol. 164.* Cæterum venditor sive dominus, qui fundum locatum intra tempus conductionis vendidit, tenetur conductori ex conducto in id, quod interest, *l. ex conducto*. 15. §. *ubicunq; l. si in lege*. 24. §. *colonus*. 4. *l. si merces*. 25. §. 1. *l. qui insulam*. 30. *in princ. l. si fundus*. 33. *ff. locati conducti. Gomez. tom. 2. var. resolut. c. 3. n. 9. Vincent. Caroc. in tract. locat. & conduct. part. 2. tit. de singulari successore. num. 28. pag. 146. Berlich. d. part. 2. conclus. 45. num.*

10. Borcholt. hic in fine & Vultejus in princip. hujus tit. num. 37. Planè, si venditioni ea lex seu pactio fuerit appposita, ut emptor locationem à venditore factam servaret: tum haud dubiè emptor locationi à locatore factæ stare tenebitur: & contra fidem pacti faciens, actione ex vendito convenietur, *dict. l. si merces*. 25. §. 1. *ff. locati. l. empto*. 11. §. *penultim. ff. de actionibus empti dict. l. emptorem*. 9. *Cod. de locato*. Sed & si fiscus domum vel fundum, quem locaverat, vendiderit: emptor locationi à fisco factæ stabit, & ex die emptionis mercedem capiet: idque favore fisci introductum esse, Paulus ostendit in *l. ultim. ff. de jure fisci. Vultejus praeallegato loco, num. 39.* prædictis adde varias decisiones, à Doctore Marta collectas, *tom. 3. digestorum novissimorum. tit. emptor. venditor. cap. 2. & seqq. fol. 156. item tom. 5. tit. successor. cap. 19. cum seqq. fol. 178. & seq.*

Percommode hic quæritur de uxore: an ea, post divortium, vel mortuo marito, omninò teneatur stare locationi rerum dotalium per maritum factæ? Et non teneri, verisimilius est, *l. si filiofamilias*. 25. §. *ultim. ibique Bartol. Paul. de Cast. & Gothofred. ff. soluto matrimonio. Campeg. in tractat. de dot. question. 23. part. 2. Vincent. Caroc. d. tract. locati & cond. tit. de jure dot. part. 1. num. 2. pag. 42.* Quemadmodum ex adverso nec maritus cogitur stare locationi, per uxorem aut socerum ante dotis constitutionem factæ, argumento d. *l. emptorem*. 9. *C. de locat. & conducto*. ex qua liquescit, successorem voluntarium singularem posse à locatione rescilire. Maritum autem voluntarium & singularem successorem esse, in confesso est. Ergo is colonum jure expellere poterit, tradente Romano in *dict. l. si filiofamilias*. 25. §. *ultim. num. 27. ff. solut. matrimon.* Cujus traditionem veriore, adeoque sequendam esse, existimat Alexand. num. 38. in *l. divortio* (alias est *l. fructus*. 7. §. *divortio*) *ff. eod. t. quem, post alios, refert & sequitur Didac. Covarr. d. lib. 2. variar. resolut. cap. 15. num. 5.* ubi hanc rem plenius persequitur. Eteadem de re videantur Augustinus Morla *dict. part. 1. tit. 10. quest. 2. n. 8. & sequente. Berlichius, d. part. 2. conclus. 45. num. 13. & seqq. pag. 971. cum seqq.* Martinus Bonacina in *tract. de contractib. & restit. disp. 3. q. 7. punct. ult. n. 5. & 8. p. 575.* Treutler. *vol. 1. disput. 29. thes. 2. sub. lit. E.* ibique Bachovius in *suis not. pag. 1101. & sequ. & Hunnius. quest. 5. pag. 1735.*

Quia porro inter cætera dictum est *supra num. 7. locatorem* expellere posse conductorem, si propriis usibus domum necessariam esse edocuerit: hinc utilis & elegans quæstio efflorescit: An etiam Studiosus (cui multa & varia competunt privilegia, de quibus Dd. in *Auth. habita. C. Nefilius pro patre, &c. & Petrus Rebuffus in tract. de privilegiis Universitatum, &c.*) in Academia aliqua domum ad certum tempus conducens, cogatur ante finitum illud tempus, viduæ vel liberis locatoris defuncti, domo opus habentibus, jure cedere? Et æquior veriorque videtur sententia existimantium, quod Studiosus conducens domum ad certum tempus, ob necessitatem viduæ vel heredum, ante tempus conventum migrare ex ea teneatur. Hujusque ratio assertionis conspicua est: quoniam ab expressis legis verbis non est recedendum, *l. non aliter*. 69. *in princ. ff. de leg. 3. & argument. l. cum non solum*. 8. §. *ipsum autem filium*. 5. *C. de bonis, qualiberis, &c. cum similibus.* Atqui in præallegata *l. 3. C. de locato*. disertè ac generaliter expressum est: quòd, licet conductor pensionem in solidum solvens, non possit expelli: hoc tamen non procedat, si propriis usibus dominus (quod in nostro casu evenit) domum necessariam esse probarit. Huc facit, quod gloss. in *d. l. 3. C. eod. super verb. necessariam*. astringit, superveniente causa inopinatæ necessitatis (ut in presenti questione) ob quam locator domo opus habeat, conductorem expelli posse.

Hanc decisionem non turbat, quod contractus ex conventionem legem accipiant, *l. 1. §. si convenit*. 6. *ff. deposit. l. in conventional. § 2. ff. de verb. obligat. l. contractus*. 23. & *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de regul. jur.* & pa-

- 16 & pacta servanda sint, l. 1. in princ. ff. de pact. & l. 1. in princ. ff. de constitut. pecun. utpote quæ, quamvis ab initio meri sint arbitrii, ex post tamen facto in necessarias præstationes convertantur, l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de obligat. & act. l. non minorem. 20. & l. quamvis. 39. C. de transactionib. c. quod semel placuit. 21. de reg. jur. in 6. Hæc, inquam, omnia prædictam decisionem non turbant: quia tum demum locum habent, quando quis temere & absque justa causa à pacto discedere, fidemque fallere vellet. Hoc etenim ei non liceret. Sæcus autem in nostro themate, ubi propter necessitatem supervenientem dissolvitur contractus, altero contrahentium invito, contra
- 17 textum dictæ l. sicut. §. C. de obligat. & act. Et licet necessitas illa non exprimat: attamen satis subintelligitur, quandoquidem à fortuna provenit, & humano consilio prævideri nequit, l. quæ fortuitis. 6. C. de pignoratis. act. proindeque justam expellendi conductorem Studiosum causam præbere censetur.
- 18 Similiter eandem conclusionem non infringit d. Auth. habita. C. Ne filius pro patre, &c. ubi disponitur, quod Scholares ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi, quam eorum nuntii venire, & in eis securè habitare debeant. Nam Fridericus Imperator ibi non de tali habitatione, qualis in nostra versatur specie, loquitur: sed vult potius, ut Studiosi in Academiis securè habitent; id est, à vectigalibus & similibus oneribus, omnique injuriâ exempti sint: quæ injuria proposito in casu illis non inferitur. Heredes quippe suo jure utentes, injuriam facere non creduntur, l. injuriarum. 13. §. 1. ff. de injur. l. nullus. §. 5. & l. nihil. 129. ff. de reg. jur. cap. cum Ecclesia. 31. circa med. ext. de electione, &c. Et hanc quæstionem latius explicuit Georgius Beatus in suis Decisionib. quæst. 11. pag. 60. & seqq. Addatur Joh. Limnæus tom. 3. de jure publ. Imp. Rom. lib. 8. cap. 9. num. 20. ubi ex Pingizero de iur. fenens. 70. refert: secundum prædictam sententiam in Scabinatu Jenensi, contra Studiosum quendam, fuisse pronunciatum. Illud tandem coronidis vice hic subijciendum: quod heredes alicujus Officialis mortui, recepto prius integro salario, non teneantur ad restitutionem aliquam, etiam pro ratâ temporis, quo Officialis non inservivit. Atque hanc communem esse opinionem, testatur Caccialupus in repetitione l. diem functo. 4. num. 14. & seq. ff. de offic. adfessor. eumque referens Vincentius Carocius d. tract. locati & condu. part. 2. tit. de offic. assessorum. num. 2. pag. 151. ubi plures conclusiones, ab hoc loco non alienas, attingit.

DE SOCIETATE.

TIT. XXVI.

Principium Tituli.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter *κοινωνία* appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

SUMMARIA.

- 1 Societatis definitio, hujusque explicatio.
- 2 Societatem esse contractum, demonstratur.
- 3 Societas cur sit contractus nominatus.
- 4 Cur sit bona fidei.
- 5 Omnes contractus, solo consensu constantes, bona fidei censentur.
- 6 Intellectus l. societatem. 4. ff. pro socio.
- 7 Eores & opera in societatem conferuntur.
- 8 Si plures domini habeant res communes non affectione contrahenda societatis, non dicitur societas.
- 9 Ad substantiam societatis quid requiratur.
- 10 Societatis divisio, in universalem & particularem.
- 11 Universalis societas qua dicatur.
- 12 Hujus societatis subdivisio.

- 13 An totorum bonorum societas etiam tacite contrahatur.
- 14 Omnium bonorum societate coita, omnes res continuo & ipso jure, sine traditione, communicantur.
- 15 Sententia l. traditionibus. 20. Cod. de pactis.
- 16 Mens & intellectus l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.
- 17 Nomina non aequè, ut cetera res, in societate universorum bonorum communicantur.
- 18 Creditori invito alius debitor obtrudi non potest.
- 19 Quas actiones socii invicem cedere debeant.
- 20 Directarum actionum natura.
- 21 Quares in societatem universorum bonorum veniant.
- 22 Quæ in bonis vestris esse intelligantur.
- 23 Post contractam omnium bonorum societatem acquisita, ad quem transeant.
- 24 An societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filia in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem consequendum ministravit.
- 25 Sensus l. si socius pro filia. 81. ff. pro socio.
- 26 Societas universorum, qua ex quasiu proveniant, quomodo contrahatur.
- 27 Particularis societas qua dicatur.
- 28 Ea quoque tacite contrahitur.
- 29 Cum quibus personis societas iniri possit.
- 30 Num filius societatem cum capitali inimico patris contrahens, legitimam exheredationis causam inturriet.
- 31 Consideratio l. liberi. 28. §. fin. Cod. de inoffic. testam. &c.
- 32 Ex iisdem causis filius exheredatur, ex quibus vassallus feudum privatur.
- 33 Vassallus, contrahens societatem cum inimicis domini, feudum amittit.
- 34 Argumentum à liberis sumptum ad vassallos, & contra, quatenus procedat.
- 35 Iura feudorum ad decisionem causarum civilium non extenduntur.
- 36 Societas inter conjuges contrahi potest.
- 37 Quatenus cum Iudæis societas inire liceat.
- 38 Iure Württembergico subacti negotiationes cum Iudæis exercere prohibentur.
- 39 Cum clericis, hæreticis, hostibus, personis incertis, societas coiri nequit.
- 40 Socii mei socius, meus socius non est.

Tertius contractus, qui solo fit consensu, dicitur societas. Quæ non malè, meo iudicio, definitur contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, solo consensu initus, de rebus, vel operis, vel utriusque, communionis habendæ animo conferendis. Ita ferè definit Clarissimus D. Collega Bocerus class. 1. disputat. 5. thes. 2. edit. & hic ad rubric. tit. num. 2. pag. 437. & Christoph. Philip. Richter. in tract. de contractib. disp. 1. lib. 1. pag. 325. Societatem esse contractum, probatur argumento l. societates. §. in principio. ibi, contrahuntur. l. cum duobus. §. 2. §. idem Papinianus. 8. ibi, voluntarium consortium initum fuerit, l. si id, quod. §. 8. §. si filius familias. 2. ibi, initium enim his contractibus inspiciendum, & passim. ff. pro socio. l. 1. l. cum in societatis. 3. l. de societate. 6. & l. ult. ibi, in omnibus contractibus aliis Cod. eodem. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. Quin & ea expresse refertur ad contractus à Justiniano Imp. supra in tit. de obligationib. ex consensu. Sed & ideo societas dicitur contractus: quia sine tractatu habito, hoc est, sine animi motu & consensu ad communionem habendam non constituitur societas, l. ut sit pro socio. 31. & l. seq. ff. pro socio. Ceterum Petrus Nicolaus Mozz. in tract. de societate. in princ. num. 4. post Azonem in summa Cod. pro socio. in princip. Gloss. hit. Angel. & Capicium decis. 174. item Franciscus Duarenus in suis Comment. ad tit. ff. & Cod. pro socio. cap. 1. & alii nonnulli, dum societatem definiunt conventionem, proximum genus non ponunt, sed remotius, monente Hieronymo Treutlero disput. select. 27. thes. 8. sub lit. A. vol. 1. & Wegnero disput. 12. ad Inst. thes. 6. sub lit. A.

Additur in definitione, juris gentium, argumento d. l. juris gentium. 7. in princ. & §. 1. ff. de pact. §. sed ius quidem civile. 2. vers. ius autem gentium, in fine, supr. de jur. nat. gent. & civili. Annectitur, nominatus. Quoniam elegans & peculiare, sive certum, atque à lege sibi attributum nomen habet, d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. d. tit. supr. de obligationib. ex consensu. & hoc tit. nostro. Subjungitur, bona fidei. Cum enim hic societatis contractus solo consensu absolvatur & perficiatur, nec ad sui perfectionem ullius rei traditionem desideret, d. tit.

- d. tit. *supr. de obligationib. ex consens. l. 2. in princ. & §. 1. ff. de obligationib. & act.* idcirco rectè bonæ fidei esse dicitur. Siquidem de omnibus contractibus, qui solo consensu constant, in genere Justinianus asserit, quod bonæ fidei sint, seu quod in illis alter alteri obligetur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oporteat, d. tit. *supr. de obligationib. ex consens. in fine.* Et in specie atque nominatim de societate idem affirmat Imperator in §. *actionum autem. 28. infr. de actionib.* Eoque confert l. *ea vero. 3. in fin. ubi Salicet. l. pro socio. 38. in princ. l. rei communis. 45. in fin. l. cum duobus. §. 2. §. 1. in proposita. 78. in fin. & l. seq. ff. pro socio. item l. 3. C. eodem.* Adjungitur, solo consensu initus. Est quippe societas (ut modo indicatum) ex eo genere contractuum, qui solo consensu perficiuntur, d. tit. *supr. de obligat. ex consens. d. l. 2. in princip. & §. 1. ff. de oblig. & actionib.*
- 6 Cui non obloquitur Modestinus in l. *societatem. 4. ff. pro socio.* dum ait: nos posse coire societatem & re, & verbis, & per nuncium; adeoque non solo consensu. Nam Jurisconsultus illic non negat, quin principaliter nudo soloque consensu societas contrahatur. Licet enim dicat, & re, verbis, & per nuncium contrahi posse societatem: nihilominus tamen haud obscure fatetur, eandem principaliter solo contrahi consensu, qui verbis etiam, vel per nuncium, vel factis exprimatutur atque declaretur, quem admodum tradunt Angelus Arétinus & Christophorus Porcius *supr. ad d. tit. de obligat. ex consens. Azo in summa Cod. pro socio. num. 2. Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. in 2. part. pr. eosque referens Mozzius d. societ. in pr. num. 2. & Vultejus hic num. §. itemque Timæus Faber disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 12. lit. b.*
- 7 Adjicitur, de rebus, vel operis, vel utrisque conferendis. Etenim & res & operas in societatem conferri, non dubitatur, §. *de illo. 2. infr. hoc tit. l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. d. l. societates. §. & l. seq. l. si fuerint. 29. in pr. l. ut sit. 31. cum l. seq. & l. duo societatem. 71. ff. pro socio.* ubi duo societatem inierant, ut Grammaticam docerent; &, quod ex eo artificio quæstus fecissent, commune esset, item l. *1. C. eod. ubi societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi, disertè rescriptum extat.* Vide Althufium lib. 1. *Dicaolog. cap. 78. num. 6. & seqq. pag. 270.* Apponitur postremo, *communione habenda animo*, argumento d. l. *ut sit. 31. in princ. & l. seq. l. planè. 37. & l. si margarita. 44. ff. pro socio.* Etsi verò res duorum dominorum, voluntate ipsorum confundi possunt, eaque confusio totum corpus, quod ex confusione fit, utrisque commune efficit, l. *adeo quidem. 7. §. voluntas. ff. de acquir. rer. domin. §. si duorum materia. 27. supr. derer. divis.* ipsa tamen sola voluntas de rebus confundendis per se non inducit societatem, quamvis res confusæ communes fiant: sed societas ut sit, necesse est, ut res confundantur, vel conferantur hac affectione & animo, ut sint communes, d. l. *ut sit. 31. in princ. & l. seq. cum similibus præallegatis. ff. pro socio.* Equidem Donellus statuere videtur, ad substantiam societatis desiderari, ut communio hunc in finem suscipiatur, ut inde lucrum fiat commune, lib. 13. *Commentar. de jur. civ. c. 15. pag. 183. n. 40. vers. nondum satis, &c.* Verum licet nihil de lucro communicando in ipso societatis contractu expressè agatur: attamen societatem contrahi vel sola affectione & animo communione habendæ, supra citatæ leges abundè arguunt. Unde lucris communicatio tantum de natura societatis, non de ejus substantia esse intelligitur: sed affectio & animus communione habendæ, de substantia & forma societatis esse creditur: ut perspicue docet D. Bocer. d. *class. 2. disp. 5. th. 2. ad lit. E. ed. 2. & hic ad rubr. n. 7. & seqq. pag. 438.*
- 10 Dividitur societas non ineptè, ratione materiæ vel rerum, in universalem seu generalem, & particularem sive specialem; argumento hujus principii, ibique Giphanius & Heigius num. 6. l. *1. §. 1. l. 3. §. 1. l. societates. §. 1. actione. 65. in princip. ff. pro socio, & inibi Wesenbec. in Paratitl. num. 3. Vult. lib. 1. jurispru. Roman. c. 37. num. 10. Althuf. lib. 1. dicaolog. c. 78. num. 33. pag. 272. Schegk. in delib. jur. disput. 19. thes. 2. lit. B. Arumæus Exercitat. Justin. 15. th. 1. Trentler. volum. 1. disp. 27. thes. 8. lit. f. & g. Plebst. disput. nov. antiq. 2. th. 68. Stuckius part. 1. Exercitat. Justinian. decad. 12. assert. 8. lit. e. & f. Tamen alii plura, eaque varia & diversa societatum genera proponant, Petrus de Ubald. in tract. de duob. fratrib. in princip. Mozzius in tract. de societate. cap. 2. de divisione societatis. Rittershus. in hoc principio. Knipschildt. exercitat. Acad. 10. th. 4. cum seqq. & Justus Mejerus in disput. Pand. lib. 17. tit. 2. th. 4. Universalis societas (quam Græci *κοινωνία* appellabant, teste hic Justiniano) dicitur, quæ de universarum rerum communione constituta est: & hæc aut totorum est bonorum, sive omnium omnino & universarum fortunarum; d. l. *1. §. 1. d. l. actione. 65. in pr. l. nemo. 58. in pr. l. si societatem universarum. 73. in princ. ff. pro socio.* aut verò universorum tantum, quæ ex quæstu, hoc est, labore & operâ sociorum veniunt, l. *coire societatem. 7. & l. seqq. ff. eod. tit.* Sed utrum omnium omnino, vel totorum bonorum societas etiam tacitè contrahi possit, quæri solet? Non posse, arbitrantur Paulus de Castro consil. 349. col. fin. lib. 1. Alexand. consil. 76. n. 10. vol. 4. Roland. à Valle consil. 90. n. 28. 29. & §. 1. volum. 1. Ruin. consil. 101. lib. 1. col. 1. Menochius consil. 12. n. 10. & cons. 222. n. 1. Trentler. d. disp. 27. thes. 8. ad lit. F. volum. 1. Arumæus d. exercitat. Justin. 15. th. 1. ad lit. B. Plebst. d. disp. 2. thes. 68. ad lit. b. & Henningus Wegner. disp. ad Institut. 12. thes. 6. ad lit. C. At probabilius est, istam societatem tacitè quoque contrahi posse: veluti si quidam, citra ullam expressam conventionem, non solum ex communibus negotiationibus, iisque variis, promiscuis, & differentibus quæstum; sed alias etiam suas fortunas non quæstuarias sibi invicem communicent, per textum satis apertum in l. *societatem. 4. ff. pro socio.* Qui textus cum generalis sit, & de quavis in genere societate affirmet, quod vel verbis, sicque expressè, vel re, adeoque tacitè contrahi possit; de societate quoque universorum vel totorum bonorum intelligendus erit. Ita sentiunt Socin. consil. 291. in princ. lib. 2. Roman. consil. 168. in secundo dubio. & consil. 291. col. 2. Dec. consil. 68. col. 4. vers. ultimò non obstat. Jason consil. 2. col. 11. post med. & consil. 3. col. 4. circa med. lib. 3. Corn. consil. 61. col. 1. lib. 1. & consil. 58. col. 2. lib. 4. Cravett. cons. 61. n. 5. Cephal. cons. 485. n. 2. & seqq. lib. 4. Henning. Gæden cons. 87. n. 4. in fine. & n. 5. Jacobus Marchisellus in questionibus præct. quæst. 22. Soarez in thesaur. recept. sentent. lit. S. n. 124. Hænonius disp. ad Institut. 17. controvers. 1. Mundaes & Gothofredus ad d. l. 4. ff. pro socio. Andr. Fachinaus lib. 12. controvers. jur. cap. 14. ubi hanc sententiam communiorè & veriorè pronunciat.*
- Omnium porro omnino, vel totorum bonorum societate coitâ, omnes res, quæ contractus tempore coeuntium sunt, continuo & ipso jure, sine apprehensione & traditione, communicantur, earumque dominium in socios hinc inde transfertur, d. l. *1. §. 1. & l. 2. ff. pro socio.* Idque utilitatis causa receptum videtur: eo quod omnium rerum, quæ in patrimonio cuiusque sunt, traditio difficilis est, & sine magno incommodo fieri non potest. Igitur utilitas suasit, ut traditionem & apprehensionem intervenisse intelligamus, d. l. *2. ff. eod. Duaren. ad eundem tit. cap. 1. circa medium. Connan. lib. 7. Commentar. juris civil. cap. 13. n. 8. Arumæus d. exercitat. Justin. 15. th. 1. sub lit. A.*
- Nec obstat vulgata l. *traditionibus. 20. Cod. de pact.* ubi dicitur; traditionibus & usucapionibus, non nudis pactis & conventionibus, dominia rerum transferri. Nam, omnium bonorum societate initâ, traditio quidem vera non intervenit: aliud tamen, quod pro traditione habetur, & per quod rerum dominium hinc inde utrique socio acquiritur, intercedit. Socius etenim, qui omnium fortunarum seu bonorum societatem mecum contrahit, eo ipso, quo contrahit, momento, res suas pro dimidia parte meo nomine possidere incipit. Ex qua possessione meo nomine facta, ipsarum rerum traditio pro parte dimidia facta, adeoque dominium in me translaturum esse reputatur, argum. l. *traditio. 20. §. ult. ff. de acquir. rer. domin.*
- Is enim

- Is enim possidere intelligitur, cujus nomine possidetur. *l. quod meo 18. ff. de acquir. vel amittend. possess.*
- 16 Similiter non adversatur *l. si quis societatem. 74. ff. pro socio.* ubi dum Paulus respondit: id, quod emit quis, non fieri commune in omnium bonorum societate: inde concludendum videtur, quod non omnes res continuo communicentur. Etenim lex ista eo de casu loquitur, quando quis post contractam jam societatem rem aliquam emit: quia tunc res non statim communis fit: sed tamen postea societatis iudicio ille rem communicare cogitur, ut ibi in fine subjicitur, & ibidem Glossa innuit, & tradit Olemannus ad Giphani disputat. 30. ad Institut. n. 6.
- 17 Ceterum quod dictum, continuo communicari res, quæ propriæ sunt cujusque sociorum; id exaudiendum est de rebus corporalibus, non de nominibus & actionibus. Ea siquidem, quæ sunt in nominibus, seu actiones suo in statu manent: sed actiones invicem præstare & cedere socii debent, *d. l. 3. in princ. ff. pro socio. Duaren. dict. cap. 1. post medium.* Ratio, cur nomina non æque, ut ceteræ res, in societate universorum bonorum communicentur, hæc est:
- 18 quia debitori meo invito non possum facere alium creditorem: sicuti invito creditori alius debitor obtrudi non potest, *argument. l. debitorum 25. Cod. de pactis. l. 2. Cod. de hereditatib. vel actionib. vendita, & docet Vul-*
- 19 *tejus hic num. 13.* Quæ autem actiones præstandæ sive cedendæ sint, directæne, an utiles, ambigitur? Et licet utiles actiones socius creditor non mandarit aut cesserit: suo tamen eas nomine alter socius exercere poterit, *l. emptor. 5. l. postquam. 7. l. ex nominis. 8. Codic. de heredit. vel act. vend. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus debitoris, &c. l. ex legato. 18. Cod. de legatis.* At directæ personales actiones sine cessione ab aliis exerceri nequeunt, *l. post-*
- 20 *sessio. 49. in fine. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Idque facit istarum actionum natura: quæ ita cuique constitutæ sunt, ut tribuantur certæ personæ, nec personam egrediantur: ut puta actio ex empto datur emptori, ex vendito venditori, nec alii cuiquam præterea. Finge ergo: eum, cui aliquid ex empto aut vendito debeatur, societatem omnium bonorum cum aliquo contraxisse: jus certè non patitur, ut hæc actio fiat socio communis: quoniam socius non est is, qui emit, aut vendidit: sed cessa exerceri potest ab eo, cui cessa est: verum ex persona tantum ejus, qui mandavit, socio procuratore in rem suam constituto, *d. l. ultim. Cod. quando fiscus vel privatus, &c. l. qui stipendia. 9. Codic. de procuratorib. d. l. emptor. 5. Cod. de hereditat. vel actionib. vend. Donell. lib. 13. Commentar. de jur. civ. cap. 16. pag. 185. & lib. 15. cap. 43. pag. 537. & seq. ubi de actionum cessione ex professo tractat.* Idem accuratè facit Reinhardus Bachovius in tract. de actionib. disput. 4. ad thes. 3. pag. 123. & seqq.
- 21 Veniunt in hanc universorum bonorum societatem omnes omnino res, non solum ex quæstu & opera sociorum; sed etiam hereditatis, legati, donationis, vel quocunque alio honesto titulo & modo acquisitæ, *l. 3. §. 1. & l. societatem. 73. ff. pro socio.* Veluti si quod ob injuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia socii acquisierint, *l. cum duobus. §. 2. §. socium universa. 10. ff. eod.* Ideo autem ad hanc acquisitionem titulum honestum requiri dicimus: quia quæ ex inhonesto titulo, & ex prohibitis causis ad quemque sociorum pervenerunt, puta socii furto, vi, rapina, aliove maleficio: in hanc societatem non conferuntur, *d. l. cum duobus*
- 22 *§. 2. §. ibidem ait. 17. & l. seq. ff. pro socio.* Ejusque ratio est perspicua: quia maleficio quæsitæ non sunt in bonis ejus, qui quæsit: siquidem ad ea retinenda non habeat exceptionem, adversus dominum, eadem repetentem. At illa tantum in bonis nostris habere intelligimur, quæ possidentes exceptione tueri possumus, & ad quæ recuperanda actionem habemus, *l. rem in bonis. 52. ff. de obligationibus & actionibus.* Cum ergo ista in bonis non sint: societas autem bonorum sit contracta: ad communionem non pertinent. Si tamen ultrò in medium collocata sint: lucrum commune erit, *l. quod autem. 53. in fine. ff. pro soc.* quamdiu socius ex maleficio suo damnatus non fuerit, *l. quod enim. 54. ff. eod.* Quod si ex prohibitis causis acquisita, sciente altero socio, in commune sint collocata: damnato socio ex maleficio suo in pœnam: hanc quoque pœ-

nam socius alter, propter scientiam rei illicitæ, etiam dissoluta societate, agnoscere tenetur. Equum enim est: ut, cujus participavit lucrum, ejus participet & damnum, *l. si igitur. 23. §. 1. seq. ff. pro socio.* Sanè ea, quæ post contractam omnium bonorum societatem acquiruntur, non statim ipso jure communicantur: sed ad eum socium, cui obvenierunt, plenè transeunt: ita tamen, ut illa societatis iudicio in commune redigere cogatur, *prædicta l. si societatem. 73. in princ. ibi, in commune redigendam, & l. seq. ff. d. tit. Ant. Gomez. t. m. 2. var. resolut. cap. 5. de societate, num. 3. vers. ultimo & explicatum supra num. 16.* Ejusque ratio est: quia hoc casu, quo res postea ad alterum ex sociis pervenerunt, nulla nova conventio intervenit, qua alterius socii nomine velle possidere socius intelligatur. Et licet maximè possidere vellet: non tamen socio ignoranti possessio acquireretur. Ea quippe scientibus tantum, & volentibus acquiritur, *l. ea, quæ. 33. ff. de acquir. rer. dom.* Hinc si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit, eaque surrepta sit: Mela scripsit, eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit: socium non habere, si scilicet res pignolata nondum societati illata sit, *l. si quis uxori. §. 2. §. si ex duobus sociis. 18. ff. de furt. Petr. Costal. in l. socius. 16. ff. de rebus credit. si cert. petetur.* Hujus præterea omnium bonorum societatis tanta vis intelligitur: ut, licet unus socius suo nomine pecuniam communem foeneraverit, usurasque perceperit, eas nihilominus partiri teneatur, *l. si unus ex sociis. 67. §. 1. & ibi Mudan. & Gothofred. ff. pro socio. Cuius. ib. 23. observat. cap. 27.*

Sed ut elegans, ita profunda quæstio est: an societati sit imputandum, quod socius omnium bonorum filia in dotem, vel filio in subsidium studiorum, vel ad honorem aliquem, puta gradum Magistri, Licentiat, Doctoris, consequendum subministravit? Et, quamvis permulti incredibiliter varieque dissentiant, *Speculat. in tit. de judic. in 4. part. §. vers. quid si unus ex fratrib. Baldus in l. fin. C. de dot. promiss. & consil. 159. vol. 5. Rom. consil. 145. & consil. 413. Alexand. consil. 87. & consil. 154. vol. 2. Alberic. & Fulgosius in l. si socius pro filia. 81. ff. pro soc. Paul. de Castro consil. 96. & consil. 366. vol. 1. Socin. consil. 46. vol. 5. vers. circa aliam dubitationem, & consil. 192. vers. circa quartam. vol. 2. Iason in Auth. quod locum, colum. 4. Cod. d. collat. & consil. 291. vol. 1. Cornuus consil. 124. colum. fin. volum. 1. & consil. 52. vol. 3. & consil. 58. volum. 4. Crotus in l. si constante. 24. ff. solut. matrim. Nevizan. in sylv. nupt. lib. 2. num. 83. Bertrand. consil. 336. col. fin. vol. 3. Paris. consil. 85. num. 18. vol. 1. Berons consil. 190. volum. 1. Petrus de Pbal. in tract. de duob. fratrib. part. 6. quæst. 9. Donell ad rubric. tit. Cod. pro socio. num. 18. Hilliger in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 16. ad lit. I. Manentes Costa Maceratenf. num. 2. in consilio suo, quod extat apud Nicolaum Mozzium in d. tractat. de societate, sub finem aliique per illum citati.* ego tamen affirmativæ sententiæ, tanquam receptiori & veriori, simpliciter ac indistinctè subscribendum iudico, *per textum clarissimum in d. l. si societatem. 73. §. ultim. ff. pro socio.* ubi disertè & absque ulla distinctione Ulpianus respondit: ea, quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, societati imputanda esse. Eodem facit textus in *l. ex parte 39. §. filius. 3. ff. familia eriscund.* ubi Scævola ita respondit: *Filius Reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent.* Accedit *l. cum duobus. §. 2. §. fin. ff. pro socio.* ubi cum socius omnium bonorum, condemnatus per injuriam iudicis, id, in quo damnatus est, ex societate consequi possit: inde colligitur, quod multo magis parens socius illud ipsum, quod in filii studia vel honorem sive in dotem filia impendit, consequi debeat. Præterea proprium societatis omnium bonorum est: ut quicquid, quacunque ratione sit acquisitum, communioni acquiratur: & ideo hereditas, & legatum, & quod donatum est, & stipendium, & salarium publicum ad compendium societatis, pertinet, *d. l. est verò. 3. §. 1. ff. pro soc.* Igitur per contrarium, omne damnum, quod quacunque ratione uni ex sociis absque culpa sua contingit, inter eos debet communicari: quia lucri & damni eadem est ratio: & contrariorum eadem est regula. Et iniquissimum est genus societatis, ex qua quis lucrum, non etiam damnum expectat, *l. si non fuerint. 29. §. Aristot. 2. ff. d. tit.*

25 Cui non valde contrariatur *l. si socius pro filia*. 81. *vers. quæsitum est*, §. *ff. pro socio*. ubi dos filiae constituta, propter pactum seu conventionem, ex comuni deducitur: ac proinde cessante pacto, deducenda non venit. Nam ibi nec de sociis omnium bonorum quæstio proponitur: nec recte infertur, quia dos ex communi propter pactum deducitur: ideo, pacto cessante, eam non esse deducendam. Obstat enim natura societatis omnium bonorum, in qua expensæ omnes societati imputantur, nisi ob delictum fiant, *d. l. cum duobus*. §. 2. §. *ultim.* & *duab. ll. seqq. ff. eodem.* Atque hanc & legendo & consulendo amplexi sunt sententiam Angelus in *l. ex duobus* 27. ff. *de negot. gest.* & consil. 60. Florianus in dict. *l. si socius pro filia*. 81. ff. *pro socio*. Anton. de Butrio consil. 7. in princ. Hieronymus Zannettinus inter consilia ocini 6. volum. 4. Decius consil. 66. & 68. colum. 2. consil. 305. colum. *ultim.* & consil. 548. & in *d. anth. quod locum*, num. 9. Cod. *de collat.* Ruinus consil. 101. num. 15. consil. 104. volum. 1. & consil. 121. colum. 1. volum. 5. Riminald. consil. 194. num. 13. lib. 1. Hieronymus Cagnol. in *l. si emancipati*. 9. num. 202. Cod. *de collationibus*. Natza consil. 91. volum. 1. ad fin. Roland. à Valle consil. 91. n. 34. 40. & §. 6. vol. 1. Menochius lib. 2. *de arbitrar. jud. cent.* 2. cas. 127. Mantica, *de tac. & ambig. convent. lib.* 6. tit. 10. Richter *d. disput.* 11. thes. 2. sub lit. C. pag. 334. D. Collega Bocerius clas. 2. *disput.* 5. thes. 51. edit. 2. & ad §. *ultim.* infr. hoc tit. num. 7. pag. 454. Trentler. *d. disputat.* 27. thes. 8. lit. H. volum. 1. Arumens dict. *exercitat.* Justin. 15. thes. 2. Matth. Stephani. cent. 3. *question.* 86. lit. A. Mejer. in *disputat.* ad lib. 17. Pandect. tit. 2. thes. 11. num. 4. & thes. 25. num. 7. Schröter. *decad.* 8. *diatribar. domesticar. question.* 6. Petrus Sanz. Morquedus in *practica quotid. de divis. bonor. libr.* 2. cap. 2. num. 17. Nigerdinus lib. 3. *disputat.* 7. thes. 2. *quest.* 1. Schegk. in *delibat. jur. disp.* 19. th. 4. Fabius Turretus consil. 7. lib. 2. Knipschildt *d. exerc.* 10. *quest.* 7. pag. 357. cum seq. Tobias Nonius consil. 64. Fachinaus lib. 8. *controvers. jur. cap.* 4. & lib. 12. cap. 13. & Baptista de Hieronymis consilio suo, quod est in fine tractatus de societ. Mozzii. n. 2. & seqq. ubi non solum assertionis hujus sectatores quam plurimos recenset; verum etiam ad contrarias decisiones latè respondet. Vide tamen Schifordegherum lib. 3. ad Anton. Fabr. tr. 28. q. 8. & seqq. ubi speciosis rationibus contendit: dotem in societatem universorum bonorum non esse imputandam. Inspice quoque Acacium Antonium de Ripoll. *variis. jur. resol. cap.* 9. n. 218. & seq. fol. 267.

26 Porro universorum, quæ ex quæstu proveniunt, societas contrahitur: si de consortio habendo simpliciter, hoc est, nullarum vel negociationis certæ nominatione facta, inter duos pluresve conveniat. Cujus societatis hæc vis est: ut communia fiant universa, quæ ex quæstu & opera cujusque veniunt; hoc est, lucrum omne, quod exemptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis descendit, *l. coiri*. 7. *l. quæstus*. 8. *l. sed & si adjiciatur*. 13. ff. *pro socio*. Quicquid verò sociis alieno beneficio obvenit, veluti hereditas, legatum, donatio, ad communionem non pertinet, *l. nec adjecit*. 9. & *l. seq. ff. eod.* ut nec æs alienum, nisi quod ex quæstu pendet, *l. sed nec æs*. 12. ff. *d. t. D. Bocer. d. disp.* 5. th. 13. Ista autem societas tacitè constituitur: si quidam, nullo expresso tractatu habito, omnis generis quæstus, lucra & damna, ex variis & difformibus negociationibus, & promiscuis actibus conferant, arg. *l. nam cum tractatu*. 32. ff. *pro soc.* Mudæus in *d. l. coiri*. 7. n. 2. ff. *eod.* Alexand. consil. 48. n. 4. & consil. 103. n. 6. vol. 3. Linglois *decis.* Justin. 12. *quest.* 4. & seq. fol. 124. & seq. Et hæc de universali seu generali societate dicta sufficiant.

27 Particularis seu specialis societas est: cum certæ alicujus rei, vel certæ cujusdam negociationis communio inducitur. Certæ rei contrahitur societas: veluti si duo societatem ita coeant; ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenit, ea communis sit: qualis societas de legitima tantum, non etiam testamentaria hereditate intelligi debet, *l. 3. §. de illo quæritur*. 2. ff. *pro socio*. Item si duo, puta Titius & Sempronius, conjuncto dominio, atque ita animo habendæ societatis emant prædium: idq; traditum pro indiviso communiter possideant, *l. 2. Cod. eod.* Ut & si fratres parentum here-

ditates ideo indivisas retinuerint: ut emolumentum & damnum in his commune sentirent, *d. l. cum duobus*. §. 2. §. *Papinianus*. 6. ff. *d. t.* Certæ cujusdam negociationis fit societas: veluti si duo pluresve contrahant societatem vendigalium, *l. societates*. §. *in princip.* & *l. verum est*. 63. §. *in heredem*. 8. *pro socio*. aut argentariæ, *d. l. cum duobus*. §. 2. §. *cum duo*. §. ff. *eod.* aut alterius professionis; veluti ut Grammaticam doceant; & quod ex eo artificio quæstus fecerint, commune sit, *d. l. duo societatem*. 71. in pr. ff. *d. t.* vel si contrahant societatem mancipiorum emendorum & vendendorum: vel emendi vendendique vini, olei, frumenti, &c. per hoc principium nostrum. Just. Mejer. in *disp. ad lib.* 17. Pandect. tit. 2. thes. 4. pag. 776. Atque hæc particularis societas tacitè quoque contrahitur: si videlicet quidam unius & alterius certæ negociationis merces, lucra & damna, absque expressa conventionione conferant, *l. societatem*. 4. ibi. & re. ff. *pro socio*. Mudæus in *l. coiri*. 7. num. 2. & in *l. si fratres*. (alias est *d. l. cum duobus*. §. 2. §. *si fratres*. 6.) ff. *eod.* Henning. Gæden. consil. 87. num. 5. & 6. Hac autem societate particulari constituta, per socium ære alieno consocius non obligatur: nisi in communem arcam pecuniarum sint versæ, vel alioquin obligatio, qua extraneo socius tenetur, societatem respiciat, *d. l. cum duobus*. §. 2. §. *si quis ex sociis*. 15. & *l. iure societatis*. 82. ff. *pro socio*. Roland. à Valle prædicto consil. 91. num. 49. Wesenbec. consil. 31. n. 27. Ea, de re videatur Benvenutus Straccha in tractat. *de contract. mercat.* n. 13. & seqq.

Cæterum utraque præfata societas contrahi potest, non solum cum personis liberis: sed etiam cum servis, *l. si servus*. 18. & *l. si id, quod §. 8. ult. ff. pro socio*. *l. si cum filiofamilias*. 9. ff. *de compensationib.* & cum filiisfamilias, *d. l. si id, quod §. 8. §. si filiusfamilias*. 2. ff. *pro soc.* & *d. l. si cum filiofamilias*. 9. ff. *de compensat.* De filio, qui societatem contrahit cum capitali inimico patris, quæri solet: num propterea legitimam exheredationis causam incurrat? Et, nisi se inimicitiarum & contumeliæ socium præbeat, non incurtere, verius est. Tum quia hæc causa non expressa est in Novell. 15. cap. 3. Tum quia aliæ honestæ causæ possunt inducere filium ut sine præjudicio patris societatem contrahat cum inimico patris: qui etiam causam dissensionis dedisse potuit.

Non obstat *l. liberi*. 28. in fin. Cod. *de inoffic. testament.* 31 ubi mater, quæ cum inimicis filii amicitiam contraxit, ob eam causam exheredari potest. Idem ergo multo magis dicendum in filio: cum is reverentiam patri debeat eam, quam pater non æquè filio, *l. parentes*. 6. ff. *de in jus voc. l. apud Celsum*. 4. §. *adversus parentes*. 16. *vers. semper enim ff. de doli mali & met. except.* Nam respondetur, quod aut *d. l. 28. Cod. de inoffic. test.* correctæ sit per *d. Nov.* 15. c. 3. aut eo de casu accipienda, quo mater non tantum dicitur amicitias copulasse; sed & ita versata, ut inimica potius filii, quam mater crederetur: quemadmodum in fin. *d. l. 28.* disertè subjicitur.

Sic quoque non obstat, quod ex iisdem causis filius; potest exheredari, ex quibus vasallus feudo privatur, cap. 1. §. *prædictis*. Quæ fuit prima causa beneficii amitt. tit. 24. lib. 2. feudor. Atqui vasallus, qui iniit societatem cum inimicis domini, amittit feudum, argument. dicti capit. 1. §. *porro ibique Gloss. communiter approbata, in verb. assalieris.* Menoch. lib. 5. *presumpt.* 43. num. 16. ubi ad hoc plures allegat. Hoc, inquam, non obstat. Ut enim argumentum de liberis ad vasallos ductum valet, velut à majore ad minus: ita è converso à vasallis ad liberos, ut à minore affirmativè ad majus sumptum, vix subsistet: præsertim cum jura feudorum ad decisionem causarum civilium, in materiis odiosis & jure limitatis, non extendantur, Wesenbec. in tractat. feud. cap. 1. num. 7. Atque ita in terminis tradunt Elias Roberus disputat. ad Institut. 17. thes. 9. Matth. Stephani cent. 3. *quest.* 84. Andreas Gerhard. *de testament. disp.* 5. thes. 35. & Paulus Berens disputat. ad Institut. 12. them. 1. *quest.* 3. Hucque pertinent, quæ annotavi ad §. final. supr. *de exher. liberor.* num. 38. & seqq.

Præterea cum sceminis; nec non inter virum & uxorem; contrahi societas potest, *l. aliment.* 16. §. fin. ff. *de aliment.* & *cibar. leg. l. cum hic status*. 32. §. *si inter virum*. 24. ff. *de donation. inter vir. & uxor.* *l. ex diverso* 27. §. 1. ff. *soluta matrimon.*

matrimon. Menoch. consil. 121. lib. 2. Et hodie quidem moribus vulgi societas quadam inter conjuges loco dotis successisse videtur: ita ut maritus lucretur partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel industria acquiruntur uxoris: & uxor capiat partem aliquam eorum, quæ ex bonis vel operis mariti acquiruntur, *Mejer. d. disput. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 5. num. 5. Hilliger in Donello enucleat. lib. 13. cap. 16.*

37 *lit. B.* Sed & cum Judæis societatem iniri posse, probatur *argumentol. spadonem. 15. §. jam autem. 6. ubi Bald. ff. de excusat. tutor. l. iudai. 8. §. l. quicumque. 10. Cod. de judais. ex quibus constat, nobis licitum esse conversari cum Judæis. Et ita tenent Alexand. de Nevo cons. 56. in 1. art. declarat. Socin. sen. cons. 62. num. 15. vol. 1. Barbat. cons. 63. col. 1. vol. 4. Decius cons. 51. col. 2. in princ. Marsil. consil. 84. num. 41. volum. 2. §. singul. 540. Boerius decis. 179. num. 6. Mozzius d. tract. de societ. colum. 1. sive tit. de person. quæ societatem contrahere poss. n. 21. §. Hector Felicius tract. de societ. cap. 8. num. 22. §. 24.* Quod tamen hodie tum demum procedit, si coram ordinario Magistratu, cui Christianus subiectus est, contractus celebretur. *Recess. Imper. August. Anno. 1551. §. diesem zubegeggen / &c. Schegk. in delib. jur. disputat. 19. thes. 9. ad. lit. E. Mejer. d. thes. 5. num. 16.*

38 *Knipschildt. d. exercitat. 10. quest. 1. pag. 331. & seq.* Enimverò jure Württembergico subditi, sub pœna corporali & pecuniaria negotiationes cum Judæis exercere prohibentur *Gürstl. Württemberg. Lands-Ordnung / Tit. Die Juden belangend. §. Wir gebieten auch / &c. fol. 63. in fin. & fol. 39 seq.* Planè neque cum clericis seu monachis, cum ipsis à lege pontificia negociari interdictum sit, societas coiri potest, *per c. penult. §. ult. ext. de vita & honestate clericor. Federic. de Senis consil. 207. colum. 2. Menoch. consil. 12. num. 12. vol. 1. Petr. de Vbald. in tract. de duob. fratrib. part. 7. princ. q. 8.* neque cum hæreticis, hostibus & Saracenis, *per ea, quæ notavit. Innocen. in c. quod super 8. de voto Felinus in c. ego N. Episcopus. 4. col. 5. de jurejurand. Boerius d. decis. 179. num. 7. Petrus Duennas in fallent. regul. jur. reg. 191. fallent. 1. D. Bocer. hic num. 8. pag. 442. §. d. class. 2. disput. 5. thes. 5. Felicius d. cap. 8. num. 21. §. Mozzius d. loco. num. 23.* neque cum persona incerta: quoniam certæ personæ industria eligitur, §. *solvitur. 4. infra hoc tit. ac proinde neque heres socii socius est, l. nemo potest. 35. dict. l. cum duobus. §. 2. §. idem respondit. 9. l. adeo. §. 9. in princip. l. socium. 60. in princip. l. verum. 63. §. ult. l. actione. 65. §. morte. 9. ff. pro socio. neque socii adrogator, dict. l. 65. §. societas. 11. neque socii mei socius, meus socius erit, l. nam socii. 20. §. l. seq. ff. eod. l. Modestinus. 105. ff. de verbor. significat. l. consilii. 47. in fine. ff. de reg. jur. sed ejus tantum, qui eum admisit, l. qui admittitur. 19. ff. pro socio.*

40 Neque enim mihi socius esse potest alius, quam quem mihi volui socium esse d. l. 19. ff. eodem. *Mejer. d. disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 6. numero. 9.* Porro de personis, quæ societatem contrahere possunt, vel non possunt, copiosè disserunt *Mozzius d. tractat. de societ. colum. 1. & Mejer. dict. disputat. thes. 5. §. 6.*

§. Et quidem. 1. §. De illa sanè. 2. &

§. Illud. 3.

Et quidem si nihil de partibus lucris & damni nominatim convenerit: æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes: hæ servari debent, Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucris & damni pertineant, ad alium tertia.

§. 2. De illa sanè conventionione quæsitum est: si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucris duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucris tertia: an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimat, & ob id non esse ratam habendam.

Servius Sulpitius (cujus sententia prævaluit) contra sensit: quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita coiri posse societatem non dubitatur: ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et ad eò contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucris partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit: compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse.

§. 3. Illud expeditum est: si in una causa pars fuerit expressa; veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera verò ommissa: in eo quoque, quod prætermisum est, eandem partem servari.

S U M M A R I A.

- 1 De pactis in societatis contractu usitatis.
- 2 Partes lucris & damni, in societate expressæ, servari debent.
- 3 Si non expressæ sint: æquales in lucro & damno erunt pro portione Geometrica.
- 4 Altera tantum parte expressa sive definita, definitio casus expressi ad omissum quoque trahenda.
- 5 Contrariorum eadem ratio ac proportio.
- 6 Quatenus pactum, quo inæquales lucris & damni partes fiunt, valeat.
- 7 In toto jure generi per speciem derogatur.
- 8 Mens & sententia l. in causa 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib.
- 9 Quatenus pacta sint servanda, & legem dent contractui.
- 10 Consentienti & volenti non fit injuria.
- 11 Societas est quadam fraternitas.
- 12 Opera alicujus sæpe pro pecunia valet.
- 13 Precium opera est artis velamentum.
- 14 Hostimentum est compensatio.
- 15 Conventio, qua unus sociorum lucris partem percipit, de damno non tenetur, quatenus subsistat.
- 16 Lucrum non intelligitur, nisi omni damno deducto.
- 17 Bona cujusque intelliguntur, quæ ære alieno deducto supersunt.
- 18 Societas coiri nequit, ut alter sociorum omne lucrum auferat, alter omne damnum solus sustineat.
- 19 Quomodo leo communem prædam cum vulpe dividerit.
- 20 Si unus solam pecuniam, & opera nihil; alter solam operam, & nihil pecunia in societatem conferat: si pecunia casu pereat, ad quem damnum istud spectat.
- 21 Quæque res suo domino perit.
- 22 Consideratio l. cum duobus. §. 2. §. quidam. 4. ff. pro socio.
- 23 Consideratio l. si non fuerit. 29. §. 1. ff. d. tit.
- 24 Instantia diluitur.
- 25 Alia instantia refellitur.
- 26 An pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, & cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, dividi debeat.
- 27 Intellectus l. 1. & 2. ff. pro socio.
- 28 Explicatio l. 1. Cod. eodem tit.
- 29 In societate, quantum fieri potest, æqualitas servanda.
- 30 Opera alterius quatenus æqualeat pecunia.
- 31 Boni viri arbitrio quid conveniat, & quando id sequendum.

DE pactis in hoc societatis contractu usitatis, si vere respectu lucris & damni adhiberi solitis, Justinianus Imp. hoc loco agit, & rem totam trimembri distinctione declarat. Nam à contrahentibus vel expressæ sunt certæ partes tam lucris, quam damni; vel nullæ expressæ sunt: vel denique altera expressa est, altera ommissa. Si expressæ fuerint certæ partes, hæ servari debent, ut hic dicit. in §. 1. vers. quod si expressa, &c. Siquidem nihil æquitati magis congruit, quam in conventionibus bonæ fidei id custodiri, quod inter contrahentes actum est, l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empti. Si nullæ partes lucris vel damni fuerint expressæ, æquale tam in lucro, quam in damno partes inter socios spectantur, ut hic in §. 1. l. si non fuerint. 19. in princip. ff. pro socio.

1. 3. *Cod. eodem.* Aequas autem sive æquales partes intelligere oportet, non proportionem Arithmetica, sed Geometrica, prout scilicet aliquis in societatem plus minusve contulerit vel operæ, vel industriæ, vel pecuniæ, *argum. l. si societatem. 6. §. l. quid enim. 80. ff. pro socio* & notat hic Rittershusius num. 1. pag. 487. Hartman. Pistor. quest. 1. n. 6. lib. 3. eumq; referens Iohan. Iacob. Plebst. disput. nov. antiq. 2. thes. 71. Si verò altera tantum pars, puta lucri, sit expressa: tunc in omiſſa, damni scilicet, idem erit statuendum, quod in expressa, §. illud expeditum. 3. hoc tit. cum contrariorum eadem sit ratio ac proportio, *argum. l. ultim. ff. de legat. 3. l. penult. §. fin. ff. qui satisfacere cogant. l. 1. in princ. ff. de his, qui sui vel al. iur. sunt.* Cæterum trimembris istius distinctionis duæ partes posteriores nulla difficultate laborant: cum prima, ubi de partibus damni & lucri expressis agitur, difficilissima & intricatissima censeatur. Quæritur enim, nunquid omnis expressio valeat: & quæ proportio lucri & damni esse debeat? Et sanè tria pactorum genera, sive tres conventiones hic adferuntur. Quarum prima hæc est: si duo inter se paciscantur, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alium tertia pars lucri & damni. Hoc pactum sive hæc conventio jure valet: nec de eo unquam fuit dubitatum, *secundum Imperatorem hic in §. 1. vers. nec enim unquam, &c.* si modò is, cui plus lucri tribuitur, aliquid plus vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei, puta gratiæ, societati contulerit, *d. l. si non fuerint. 19. in princ. ff. pro socio.* Quare pactum hoc, quo inæquales lucri & damni partes fiunt, aliter non valet: nisi alter ex sociis, qui ex conventionem plus emolumenti & damni sentire debet, plus etiam pecuniæ vel operæ collocaverit in societatem.
- 7 Nec infringit hanc sententiam, quod generaliter, & indistinctè hic dicitur: si duo inter se pacti sint, ut ad unum duæ partes lucri & damni pertineant, ad alium tertia: pactum istud valere. Nam quod uno in loco generaliter dictum est: id ex aliis locis & legibus distinctè loquentibus explicandum est. In toto quippe jure generali per speciem derogatur, *l. in toto. 80. ff. de reg. iur.* Quod igitur hic in §. 1. Justinianus ait, validam esse conventionem, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes lucri & damni spectent, ad alium tertia: accipiendum est cum temperamento dictæ *l. si non fuerint. 29. in princ. ff. pro socio.* dummodo is, cujus in favorem hæc pactio fuit interposita, aliquid plus in societatem attulerit.
- 8 Nihil etiam obstat *l. in causa cognitione. 16. §. idem Pomponius. 4. ff. de minorib. 25. annis.* ubi in contractu bonæ fidei naturaliter licet contrahentibus se invicem circumvenire, modo dolus absit: ac proinde videtur dicendum, quod alter ex sociis pacisci cum altero possit, ut sibi permittatur majorem lucri partem ex societate auferre: quemvis hoc pactum cum alterius socii detrimento & circumſcriptione cunctum fuerit. Nihil, inquam, obstat. Lex etenim ista procedit, quando circumventio non contra substantiam est & naturam contractus bonæ fidei. Jam verò contra substantiam & naturam societatis est, magnam in ea constituere inæqualitatem, *argument. l. verum est. 63. in fine principii, & l. si unus. 67. in fine principii. ff. pro socio.* Quod certè contingit, quando aliquis de duabus partibus lucri percipiendis cum socio paciscitur: & nihil vicissim confert in societatem, quod alter non contulerit.
- 9 Nihil item resistit, quod pactum servari debeat, *l. 1. in princ. ff. de pact. l. 1. in princ. ff. de pecun. constitut. & legem formamque det contractui, l. juris gentium. 7. §. quinquimò. 5. ff. de pact. d. l. 1. §. si convenit. 6. ff. de poset. l. contractus. 23. ff. de reg. iur.* Quia illud exaudiendum est de pacto, quod substantiæ & naturæ contractus non contrariatur. Siquidem & aliàs pacta, quæ naturæ & substantiæ contractus adversantur, contractui non insunt: sed aut vitiant contractum, aut ipsa vitiantur, *l. pacta conventa. 72. ff. de contrah. empt.*
- 10 Similiter nihil ad rem pertinet, quod consentienti & volenti socio non fiat injuria. *l. 1. §. usq; adeò. 5. ff. de injur. c. scienti. 27. de reg. iur. in 6.* Inde namque non sequitur, quod pactio subsistat, si negotio, cui apponitur, perspicuè repugnet. Ita notavit Hunnius in suis resolut. ad disputat. 27. Treutleri, thes. 8. vol. 1. pag. 1734.
- Altera conventio, quæ hic in §. 2. adfertur, hæc est: Titius & Sejus socii inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia: ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia: quæsitum est, an ejusmodi conventio rata sit? Et quidem Quintus Mutius, referente hic Justiniano, existimavit: talem pactiōem non esse ratam habendam. Ratio Mutii, conventionem istam improbantis hæc fuit: quia ea conventio sit contra naturam societatis. Ratio rationis: quia societas est quædam velut fraternitas, *d. l. verum. 63. in princ. ff. pro socio.* quæ non patitur, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat: sed flagitat potius, ut æqualitas damni & lucri tanquam inter fratres observetur: quoniam societas cum contrahitur; tam lucri, quam damni communio initur, *d. l. si unus. 67. in princ. ff. eod.* Præterea ipsa æquitas exigere videtur, ut qui æqualiter in societatem conferunt pro ratione sortis; etiam in proventu sint pares, *argument. l. qui scit. 25. ff. de usur. & fructib.* Servius autem Sulpitius contra sensit, præfatamque conventionem subsistere statuit. Ratio Servii, conventionem illam probantis, hæc fuit: quia sæpe quorundam ita preciosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti: hoc est; quia sæpe fieri potest, ut ex sociis unus duntaxat operâ suâ societati profit: ut æquissimum sit, plus illum lucri percipere, quam alterum ociosum, vel minus industrium. Quanti enim opera in societate sit æstimanda, Imperator hic, Servii sententiam confirmans, tali exponit exemplo, quo duo rectè ita coeant societatem: ut unus pecuniam tantum conferat, alter operam: & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe (inquit) opera alicujus pro pecunia valet. Quo spectat etiam *l. societates. 5. §. 1. ff. pro socio.* ubi Ulpianus ait: quod plerunque pauperior operâ suppleat, quantum ei per comparisonem patrimonii deest. Item *l. cum duobus. 52. §. utrum ergo. 2. vers. si in coenda. ff. eod.* ubi idem Jurisconsultus scribit: quod precium operæ artis sit velamentum. De quo videatur Theodorus Marcellus hic in vers. nam & ita &c. Eoq; sensu Plautus in *Asinaria scen. 3. act. 1.* dixit: par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. Hostimentum enim compensatio est, ut exponit Festus; eumq; referens hic Rittersh. circa finem. pag. 488.
- Tertia & ultima conventio hic in §. 2. vers. & adeò, &c. proposita hæc est: qua unus sociorum lucri partem percipit, de damno non tenetur. Quæ conventio licet reliquis sit iniquior: quoniam efficit, ut ad unum totum damnum recidat; eam tamen valere palam est, dictæ *l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Enimverò isthæc conventio, secundum Imperatorem Justin. in *d. §. 2. in fin.* ita accipi debet: ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit; compensatione facta, solum, quod superest, intelligatur lucro esse. Quasi dicat Imperator: quod asserimus, conventionem illam valere, qua unus lucri partem sentit, alter totum damnum sustinet: non ita exaudiendum est, quasi in eadem societate simul quis & damnum & lucrum ferat: sed ut damno & lucro inter se comparatis, quod excesserit, id solum remaneat dividendum, sive id sit lucrum sive damnum. Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno, sive ære alieno deducto: neque contra damnum, nisi omni deducto lucro, *l. Mucius. 30. ff. pro socio.* Sicut & bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subſignatum. 39. §. 1. ff. de verb. significat.* Sed exemplo res sit illustrior. Ponè ergò: duo societatem contraxerunt; vinariam, & frumentariam. Ex illa damnum est acceptum centum aureorum: ex hac verò lucrum trecentorum. Hic compensatio damni & lucri, facit lucrum, quod relinquitur, ducentorum aureorum: qui inter socios ratione pactiōis dividendi erunt. Contra si damnum sit reliquum ducentorum aureorum: id totum unus tantum sustinebit: adeò, ut si uterque mille aureos societati contulerit: alter suos mille, alter octingentos tantum aureos, cum solus damnum sustineat, ex pacto sit recepturus. Quod tamen ipsum ex Ulpiani responso ita interpretandum videtur: si modò is, qui nullam sentit partem damni, aliquid plus contulerit societati; si non plus pecuniæ, attamen

attamen plus operæ, ut tanti hoc sit, quanti damnum est.
 17 Plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia: velut si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus, *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio. Andr. Gail. lib. 2. observation. c. 24. num. 1. 2. & 5. Eaque de re vide Hartmannum Pistoris lib. 3. questionum iur. quest. 1. & 3. Iulium Pacium cent. 1. c. 2. v. 10. quest. 96. & D. Besoldum in delibatis iur. ex lib. 17. ff. quest. 7. nec non Locamerum questionum iurid. fascic. 39. quest. 6.*

18 Præter conventiones modò expositas, est & alia, putà ut alter sociorum omne lucrum auferat; alter omne damnum solus supportet. Quæ conventio, quia iniquissima est, & societati contraria, non valet: & leonina hæc societas à Cassio Jurisconsulto appellari solet. *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Nam leo (ut est in per-
 19 vulgato *Æsopi fabulatoris Phrygii Apologo*) sic communem ex venatione prædam cum vulpe dividebat, ut sibi illam totam, vulpi nihil prorsus concedens, retineret. Dicebat enim: hæc prima pars erit mea; ratione societatis: secunda itidem erit mea; quia maiorem contuli operam: tertia similiter mea erit; quia te sum fortior: & denique partem quartam qui acceperit, amicus meus non erit, *Mysing. hic num. 7. Giphani. lib. 3. disput. 30. thes. 8. & ibidem Oleman. in suis not. num. 8. & 9. vel (secundum alios) apologus talis est: Leo, asinus, vulpes societatem coierant, ut quod venatu cepissent, in commune divideretur. Prædam ubi erant nacti, Leo asinum eam distribuere in partes, jubet. Hic, ut erat stolidus, portiones tres æquales fecit. Cujus rei gratia indignatus Leo, quod ceteris æquaretur, asinum ad ortus dilaniat. Restabat vulpes: hanc de novo prædam partiri voluit. Vulpes totam fermè prædam Leoni attribuit, vix paucillulum sibi servans. Leo, comprobata distributione, querit: quisnam illam partiendi rationem docuisset? Cui vulpes: ἡ τῷ ὄντι συμφορὰ, id est, asini calamitas. Ita ex suo desiderio in *Chiliadib.* refert Gerardus Tuningius hic in §. 2. in verb. de damno non teneatur, & Tiraguell. leg. connubial. §. gloss. 1. part. §. num. 34. Hucque respicit elegans Posthii tetrastichon, quod refertur part. §. deliciarum Poetarum Germanor. illustr. pag. 231.*

Felix, alterius quicunque pericula cernens,

Discit ab exemplo posse cavere sibi.

Sic asini fato misero perterrita vulpes,

Alterius facta est doctior ipsa malo.

Porro de istis, aliisque conventionibus damni & lucri si quaratur, quæ rata sit, & quæ non sit, breviter ita definiendum est: illas conventiones ratas esse & valere, in quibus ad utrumque sociorum & lucri & damni pars secundum proportionem Geometricam perveniat: illas verò non valere, in quibus ad unum lucrum tantum, ad alterum damnum tantum respiciat, per multoties allegatam *l. si non fuerint. 29. ff. pro socio. Martin. Bonacina in tract. de contract. & rest. disp. 3. q. 6. punct. 1. n. 1. & 2. p. §. 27. & seq. D. Mart. tom. 3. digest. novissim. tit. Soc. c. 1. fol. 302.*

20 Cum haud infrequenter accadat, ut unus solam pecuniam, & operæ nihil; alter solam operam, & nihil pecuniæ in societatem conferat: variè disputari solet, si pecunia casu fortuito interierit: utrum damnum solius sit illius, qui pecuniam contulit, an commune sit, & pro rata parte ad eum, qui operam præstitit, spectet? Et (rejectis aliorum opinionibus, *Oldradi de Ponte, Richardi Malumbra, Saliceti, Fulgosi, Cyni & ceterorum in l. 1. Cod. pro socio. Socii senioris in cons. 265. lib. 2. Schneidevini hic in §. de illa. 2. num. 6. Petri de Vbald. in tract. de duob. fratrib. pag. 8. num. 42. Trentleri disput. 27. thes. 9. volum. 1. & Hunni ibidem in sua resolutione, pag. 173 §. item lib. 3. variar. resolut. iur. civil. tractat. 7. part. 3. quest. 1.*) probabilior mihi illorum videtur sententia, qui statuunt: periculum & damnum ejus solius esse, qui pecuniam in societatem contulit, si modo tanti sit opera, quantum est damnum, *argument. l. societates. §. 1. & l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio.* Indubitata siquidem regula juris est: quod unaquæque res percat suo domino, *l. pignus. 9. Cod. de pignorat. actionib.* Atqui pecuniæ dominus est is, qui eam contulit. Sociorum enim intentio in proposito ea censetur; non ut pecunia communicetur, sed tantum ejus usus & commodi-

tas, *argument. §. 2. vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune sit, hoc tit. & per consequens ista merito soli conferenti, tanquam domino, perit. Deinde hoc in casu permagna oriretur inæqualitas inter socios, si damnum commune esset. Is namq; qui operam adhibuit, duplici afficeretur incommodo: altero, quod operam ac industriam perderet: altero, quod partem damni sustineret. Pecuniam verò conferens, eam non totam amitteret, sed partem duntaxat. Hujusmodi autem æqualitatem non patitur societatis contractus, ut patet ex hoc §. 1. & d. l. si non fuer. 29. ff. pro socio.*

Non obstat huic sententiæ. *l. cum duob. §. 2. §. quidam sagariam. 4. ff. eod.* ubi societas ita erat inita, ut unus pecuniam, alter operam conferret: & is, qui operam contulerat, profectus esse proponitur, & in latrones incidit, adeoque pecuniam in societatem collatam perdidit, & damnum commune esse dicitur. Nam non perperam respondetur: legem istam eo de casu loqui, ubi ab utraque parte pecunia contributa est: & in eo commune damnum esse, non negatur. Quod autem de eo casu loquatur: satis evidenter ex illis verbis relucet: *alter ex his ad merces comparandas profectus, suam pecuniam perdidit.* Quod si enim pecuniam contulit is, qui ad merces comparandas profectus est, & consequenter pro socio laboravit, sicque simul operam contulit: sanè alterum quoque socium pecuniam contulisse, omnino verisimile est.

Minus obstat *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. ff. pro socio. ex 23* qua patet, subsistere inter socios hujusmodi pactum; ut, qui operam confert, damnum amissionis pecuniæ non sentiat. Unde à contrario colligitur: si tale pactum non intercedat, damnum commune esse: aliàs quippe pactum adjectum nihil operaretur. Minus, inquam, lex illa obstat. Quia multa pactis exprimuntur, quæ alioquin ipso contractu continentur: & ratio pacti duplex videtur: prima, ut de æquitate rei exactius constet: altera, ut firmior obligationis ratio extet.

Multò minus obstat, quod objicitur: si nostro in casu 24 commune non esset damnum, æqualitatem in societate non servari: siquidem is, qui pecuniam posuit, nec fructum ex ea perciperet, nec ipsam retineret, adeoque duplici damno afficeretur: alter verò, qui operas collocavit, unicum duntaxat damnum, videlicet amissionis operarum, pateretur. Respondetur enim: non solum nullam inæqualitatem, sed maximam potius æqualitatem nostro hoc casu subesse. Quia quod dicitur, operam conferentem sentire damnum amissionis operarum: id damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ, respondet. Quod si commune sit damnum pecuniæ amissæ: tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit; & alter totius industriæ jacturam facit, & simul particeps est alterius damni: quod æqualitati planissimè repugnat, *arg. l. manifestissimi. 22. §. sed cum in secundam. 3. in fine. C. de furtis.*

Minimè denique omnium obstat, quod is, qui operam 25 confert & industriam, nihil amisisse videatur, si adhuc vivat: cum possit aliàs operari, & ex opera atque industria sua lucrari: si verò mortuus sit, nihil eo nomine heredi debeatur: cum societas morti causam non præbuerit. Cum ergo nihil damni ex operarum amissione sentiat: æquum esse putatur, ut pro sua parte jacturam quoque pecuniæ deperditæ sustineat. Minimè, inquam, illud obstat. Et enim negatur, & pernegatur: eum, qui operam industriamque contulit, nihil amisisse, licet vivat, & aliàs operari possit. Nam quod frustra laboraverit, nullumque ex vigiliis, assiduo labore, & industria fructum retulerit: id utique damni species haud minima censetur. Atque ita tenent & defendunt hanc opinionem *Accursius, Bartol. Angel. Castrenf. Baldus & Siehardus num. 5. in d. l. 1. C. pro socio. Martinus Navarrus in manual. confessor. cap. 17. de usura in societ. Didacus Covarruv. lib. 3. variar. resolut. cap. 2. n. 2. & seq. Gail. lib. 2. observat. cap. 24. num. 3. Fachinæus lib. 2. controversiar. iur. cap. 95. Arumæus exercitat. Justin. 15. thes. 3. Mantica, de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 5. num. 7. cum seqq. & tit. 21. num. 20. Alchus. lib. 1. Dicaolog. c. 28. num. 19. pag. 270. Forster junior. lib. 3. disput. 18. thes. 14. Hænon. disputat. 17. ad Institut. controvers. 3. Paulus Berens disputat. 12. ad Institut. them. 1. quest. 2. Knipschilde exercitat. Acad. 10. question. 5. pag. 355.*

cum seq. & Quirinus Kubach. quæstion. illustr. Politico-jurid. cent. 2. decur. 4. quæst. 4.

- 26 Controversia admodum & hæc quæstio est: an fors si-
ve pecunia, quam unus societati intulit, communis fiat, &
cum altero sociorum, qui solam operam præstitit, finitâ so-
cietate dividi debeat? Et dividi debere, censuerunt *Ac-
curs.* *Bartol.* & *Alberic. de Rosat. in d.l. 1. Cod. pro socio, nec
non novissimè Hunnius d.lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7.
part. 3. quæst. 2.* Sed contrarium non sine ratione ample-
xi sunt *Baldus, Castrenf.* & *Sichard. num. 4. in d.l. 1. Cod.
eod. eosque citans Fachinaus d.lib. 2. controvers. jur. cap. 94.
Gail. d.lib. 2. observ. 24. num. 6. Forster. d. disp. 18. thes. 15.
Hackelman. disput. 9. thes. 19. lit. A. Hænon. d. disp. 17. con-
trovers. 2. Richter. in tract. de contractib. disp. 11. thes. 1. sub
lit. 1 pag. 329. cum seq. Berens d. disput. 12. them. 1. quæst. 1.
Kubach. d. cent. 2. decur. 5. q. 2. D. Rümelin. Exercit. 15. ad
Institut. ib. 16. sub lit. C. & Andreas Gerhardi decad. 15.
quæst. 9.* Etenim pecunia non confertur, ut sit communis
sociorum: sed ut ex ea negotiatio exerceri possit ad lu-
crum faciendum, quod deinde commune est, §. de illa. 2.
vers. nam & ita ibi, & tamen lucrum inter eos commune
sit, hoc tit. Ideoque hoc ipsum, quod de lucro cavetur,
ut id commune sit, de pecunia aliud cautum intelligitur,
ne sit communis. argument. l. si cum dotem. 22. in princip. ff.
solut. matrimon. & l. commodissimè. 10. ff. de liber. & posth.
heredib. instit. Et certè quod ex mente contrahentium
usus quidem & commoditas, non autem proprietas commu-
nicetur, clarescit ex l. cum duobus. 52. §. utrum ergo. 2. vers. si
in coeunda. ff. pro socio, ubi unus ex sociis dedit pecus suum
pascendum, vel agrum colendum alii, quærendis in com-
mune fructibus: & manent pecus & ager ejus, cujus prius
fuerant, neque communicantur. Accedit, quod sum-
ma oriretur inæqualitas inter socios, si ipsa fors dividenda
esset. Si enim forsan (quod facillè accidere potest) finitâ
societate, sola pecunia collata remaneret: duplici damno
ipse conferens afficeretur: primò, quod dimidiam pecu-
niæ partem amitteret: secundo, quod ociosam pecuniam
habuisset. E contra conferens operas, lucrum captaret,
vel ad minimum nullum damnum sentiret: quoniam di-
midiam pecuniæ partem consequeretur: quod æquitati
contrarium videtur: cum nemo cum alterius damno de-
beat locupletari, l. nam hoc naturâ. 14. ff. de condit. indeb.
& societas sit jus æqualitatis & fraternitatis, d. l. verum. 63.
in pr. ff. pro socio. Congruit cum hac sententia jus renova-
tum Württembergicum, part. 2. tit. 6. §. Wann einer sein
baar Geld. fol. 253.

- 27 Nec huic decisioni adversatur l. 1. & 2. ff. pro socio. & §.
ult. vers. sufficit enim, &c. infr. hoc tit. ubi omnes res, adeo-
que etiam pecunia, in societatem collata, continuo commu-
nicantur. Quia in istis locis agitur de omnium omnino
bonorum societate, in qua universa bona hinc inde ipso
jure, sine traditione, communicantur. Diversum est in so-
cietate particulari, sive universorum, quæ ex quæstu prove-
niunt: ubi omne lucrum, non itidem fors sive pecunia, in
societatem deducta (nisi initio in societatis lege aliter con-
ventum sit) communicatur: id quod latius explicatum
est supra ad principium hujus tit. n. 26. & seq.

- 28 Neque moverit l. 1. Cod. eod. ubi Imp. Dioclet. & Ma-
xim. verbo (conferente) utuntur: quod communicatio-
nem denotare videtur. Tum quia verbum conferre ibi
non communicare, sed potius collocare, ponere, dare, con-
tribuere, adferre, deducere pecuniam in societatem signi-
ficat: Tum quia pecunia ibidem intelligitur communicata,
non quantum ad ejus proprietatem & dominium, sed
tantum quoad usum & utilitatem, arg. d. l. cum duobus. 52.
§. 2. vers. si in coeunda. ff. pro socio.

- 29 Non item refragatur, quod in societate, quantum fieri
potest, æqualitas sit servanda, l. si non fuerint. 29. & simi-
libus. ff. d. tit. At si non divideretur pecunia, societate finitâ:
non exigua inæqualitas existeret: siquidem alter industri-
am & operam, quam contulit, amitteret: alter verò pecu-
niam, quam posuit, salvam haberet. Nam respondetur:
nullam hic prorsus esse inæqualitatem. Qui enim indu-
striam operamque posuit, illud habet incommodi, quod
frustrâ laboravit, nullumque emolumentum percepit: cum
tamen fortassis percipisset, si alibi operam suam locasset.

Qui verò pecuniam contulit, illud patitur incommodi,
quod frustra eam contulit, quoque nihil ex eâ lucratus est:
cum tamen fortasse lucraturus fuisset, si alios in usus eam
erogasset, Fachin. d. lib. 2. c. 94. in fine.

Nihil insuper resistit, quod opera atque industria alterius
comparatur & æqualeat pecuniæ, & sæpe preciosior sit
pecuniâ, ut scribit hic Justinianus in in §. 2. vers. Servius
Sulpitius, &c. Atqui si pecunia hinc inde collocata fue-
rit; palam est, eam dividendam esse tempore finitæ socie-
tatis. Ergo idem quoque faciendum, quando ex una par-
te pecunia, & ex alterâ opera confertur. Respondetur et-
enim breviter: operam alterius æquivalere tantum isti pe-
cuniæ, quæ provenit, tanquam lucrum, ex capitali sorte,
ut ex Sichardo docet Paulus Berens d. disput. 12. them. 1.
q. 1. ad finem.

Porro, si mecum societatem coieris eâ conditione, ut ipse
partes societatis constitueres: ad boni viri arbitrium ea
res redigenda est: & conveniens est viri boni arbitrio, ut
non utique ex æquis partibus socii simus: veluti si alter
plus operæ, industriæ, pecuniæve in societatem collocatu-
rus sit, l. si societatem. 6. & l. quid enim. 80. ff. pro socio. Si-
militer si societatem mecum coieris eâ lege, ut Nerva ami-
cus communis partes lucri & damni definiret: Nervæ au-
tem arbitrium ita prævum sit, ut manifesta ejus iniquitas
appareat: certè hoc etiam casu arbitrium boni viri sequen-
dum est: proindeq; prævum istud arbitrium per bonæ fidei
judicium corrigi potest, l. societatem. 76. in l. proposita. 78.
& duobus. ll. seqq. ff. eod. Quod si verò Nerva vel nolit par-
tes lucri & damni definire, vel antequam eas constituat,
moriatur; pro nihilo est societas. Licet enim non verbis
specialiter & nominatim: re ipsa tamen id actum est, ne ali-
ter societas sit, quam ut Nerva arbitratus sit, l. si coita. 75. ff.
pro soc. l. ultim. Cod. de contrah. empt. & vendit. & §. sed no-
stra decisio, supra d. tit. l. si merces. 25. in princip. ff. locati. l.
si quis arbitratus. 43. ubi Donell. & l. seq. ff. de verbor. oblig.
Dn. Collega Boccr. class. 2. disput. 5. thes. 23. edit. 2. ubi refert
dissentientem Cuiacium in d. l. 43. ff. de verbor. obligat. &
lib. 4. quæst. Pauli. pa. 129. & seqq. in explicatione dictæ l. 76.
& 79. ff. pro soc. Eadem de re videatur Everhardus Bron-
chorst. cent. 1. in artio parvum. assert. 85. edit. 1.

§. Manet. 4. §. solvitur. 5. cum tribus seqq.

Manet autem societas eò usque, donec in
eodem consensu perseveraverint. At cum ali-
quis renunciaverit societati: solvitur societas.
Sed planè si quis callidè in hoc renunciaverit
societati, ut obveniens aliquod lucrum solus
habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum
ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciae-
rit societati, ut hereditatem solus lucrificeret:
cogitur hoc lucrum communicare. Si quid ve-
rò aliud lucrificiat, quod non captaverit: ad
ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuncia-
tum est, quicquid omnino post renunciata
societatem acquiritur, soli conceditur.

§. 5. Solvitur adhuc societas etiam morte
socii: quia qui societatem contrahit, certam
personam sibi eligit. Sed & si consensu pluri-
um societas contracta sit: morte unius socii
solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda
societate aliter convenerit.

§. 6. Item si alicujus rei contracta societas
sit, & finis negotio impositus est: finitur so-
cietas.

§. 7. Publicatione quoque distrahi socie-
tatem manifestum est: scilicet si universa bona
socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius
succedat, pro mortuo habetur.

§. 8. Item si quis ex sociis mole debiti præ-
gravatus, bonis suis cesserit, & ideo propter
publica aut privata debita substantia ejus ve-
neat:

neat: solvitur societas: sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

S U M M A R I A.

- 1 Quibus modis societas, recte contracta, dissolvatur.
- 2 Renuntiatione etiam unius socii, solvitur societas: ejusque ratio.
- 3 Nulla societatis in æternum coitio est: & num. 17.
- 4 Nemo invitatus in communione remanere cogitur: & num. 16.
- 5 Communio rixas & discordias excitare solet.
- 6 Nemini libera testamenti factio adimenda.
- 7 Mens & sententia l. 1. ff. pro socio.
- 8 Quæ pacta contractibus bonæ fidei adjecta, rata esse debeant, legemque dent contractui.
- 9 Singula quadam in contractu societatis & mandati.
- 10 In societate quid agatur.
- 11 Renuntiatio vel est tacita, vel expressa.
- 12 Ea tempestive & citra dolum fieri debet.
- 13 Cessante causa, cessat effectus.
- 14 Renuntiatio per procuratorem fieri potest.
- 15 Societas morte alterius ex sociis finitur.
- 16 Nemo potest societatem heredi sic parere, ut ipse heres socius sit.
- 17 Societatem contrahens, certi hominis fidem eligit.
- 18 Interpretatio l. verum 63. §. in heredem. 8. ff. pro socio.
- 19 Consideratio l. actione. 65. §. 2. & §. item alicujus. 10. ff. eod.
- 20 Quatenus unusquisque tam heredibus suis, quam sibi ipse prospicere censetur.
- 21 Declaratio l. qui negotiationem. §. 8. in princ. ff. de administr. & peric. tutor.
- 22 Societas morte unius socii adeo rumpitur, ut licet numero plures supersint, tamen societas non perseveret: ejusque ratio.
- 23 Pacta initio contractibus adjecta, mutant eorum naturam.
- 24 Societas perimitur finito negotio.
- 25 Item publicatione bonorum unius ex sociis.
- 26 Homines dupliciter moriuntur: naturaliter, & civiliter.
- 27 Extinguitur societas cessione bonorum: hujusque ratio.
- 28 Verum solâ decoctione societas solvatur: an præterea cessio bonorum exigatur, sicque exui bonis decoctorem ante oporteat.
- 29 Consideratio l. 4. §. 1. ff. pro socio.
- 30 Decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa.

- 1 **D**ictum est hætenus, quomodo societas recte contrahatur: nunc explicat Imperator, quibus modis societas recte contracta rursus dissolvatur. Exponit autem quinque modos, quibus id contingit: puta 1. renuntiatione. 2. morte unius ex sociis. 3. fine negotii. 4. publicatione bonorum unius socii. 5. cessione bonorum. De istis quoque modis tractatur in l. societatem. 4. §. 1. l. verum est. 63. §. ult. & duabus ll. seqq. ff. pro socio. Primò ergo solvitur societas renuntiatione: id est, dissensu & voluntate contraria, vel omnium sociorum, vel unius tantum, hoc §. 4. & legibus jam allegatis. Eodem modo & mandatum tolli, audiemus infra ad §. mandatum. 11. c. proximo.
- 2 Ratio, cur renuntiatione etiam unius solvatur societas, aperta est: tum quia nulla societatis in æternum coitio est, l. nulla. 70. ff. pro socio. tum quia nemo invitatus in communione remanere cogitur. l. ult. Cod. communi dividund.
- 3 Ratio rationis est: tum quia plerumque communio rixas & discordias excitare solet, l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de leg. 2. tum ne cui libera testamenti factio adimatur, l. cum duobus. §. 2. §. idem respondit. 9. ff. pro socio. Adeo autem unius socii dissensu distrahitur societas: ut eo quoque in casu id procedat, quo nominatim inter socios convenit, ut perpetuo societas duraret, argument. d. l. nulla. 70. ff. eod. ubi Paulus perspicue ostendit: nullam societatem hac lege coiri posse, ut in æternum sive perpetuo duret.
- 7 Nec repugnat l. 1. ff. eod. ubi idem Jurisconsultus disertè affirmat: societatem in perpetuum contrahi posse. Nam in hac l. 1. societas in perpetuum contrahi posse dicitur, quod à contrahentibus eâ mente & animo ineatur, ut perpetuo, id est, dum vivunt, in societate manendi propositum habeant. At verò in d. l. nulla 70. non ideo dicitur perpetua sive æterna esse societas: quod alter alterum ex sociis ad perpetuam societatem adstringere cogitet: sed quod utriusque propositum ad perpetuam æternamque societatem, cui renunciare nullo modo liceat, expressè sit destinatum. Vide Bachovium hic num. 2. pag. 816. & seq. itemque Locamerum questionum juridicar. fascic. 39. quest. 9.
- 8 Nec item illud resistit, quod pacta in contractibus bonæ

fidei in continenti adjecta, firma & rata esse debeant, atque legem dent contractui, arg. l. ex empto. 11. ff. de act. empti. & l. contractus. 23. ff. de reg. jur. Illa enim regula de pactis jure validis, quæque substantiæ & naturæ contractus, cui apponuntur, non adversantur, accipienda est, l. non dubium. §. Cod. de legib. Atqui ejusmodi pactum, quod alterum ex sociis ad perpetuam societatem obstringit, jure non subsistit, per d. l. nulla. 70. ff. pro socio, & d. l. ult. Cod. commun. dividund. Præterea bonis moribus & naturæ societatis pactum istud refragatur: quia ansam præbet litium & discordiarum. Nihil etenim frequentius propemodum accidit, quam ut rixæ & inimiciæ inter eos oboriantur, quorum alter alterum invitum in societate permanere cupit, arg. d. l. cum pater. 77. §. dulcissimis. 20. ff. de legat. 2. Invitus igitur in societate perseverare nemo cogitur. Atque ita in hoc contractu societatis, & in contractu mandati, de quo in §. recte quoque. 9. infra tit. seq. illud est singulare: ut hi duo contractus licet jam utriusque contrahentium consensu perfecti, rescindi tamen & revocari alterius tantum voluntate possint, contra naturam aliorum contractuum, l. sicut. §. Cod. de obl. & act. Sic & illud in utroque contractu singulare est: quod alterius contrahentium morte dissolvatur: quod idem non contingit in reliquis contractibus, qui etiam ad heredes transmittuntur. §. fin. supr. tit. proxime præcedente. Ratio singularis juris nulla esse videtur alia, quam quod in utroque contractu personarum ratio habeatur: in aliis contractibus non item. §. solvitur. §. hoc tit. l. mandatum. 57. in fine ff. mandati. Adde, quod in societate hoc agitur: ut unus sociorum alterius socii, cum quo contraxit, beneficio afficiatur: & simul ut ex unius socii industria, opera, & facultatibus reliqui utilitatem accipiant, & beneficium. Aut igitur is, qui societati renunciat, beneficium sociis suis confert, aut accipit. Illo casu dubium non est, quin socius licite renunciare possit: cum ab æquitate nequaquam sit alienum, unumquemque nostro tamdiu uti beneficio, quamdiu voluerimus: hoc verò casu, quo renunciat ille, qui beneficium ex societate sentit, idcirco recte renunciare censetur: quia omnes licentiam habent renunciandi his, quæ in sui favorem & commodum introducta sunt, l. penult. Cod. de pactis. Porro renuntiatio vel est tacita; vel expressa. Hæc fit verbis: illa fit re ipsa, si nimirum socii separatim agere cœperint, & unusquisque eorum privatim sibi negocietur, l. itaq. 64. ff. pro socio. Quod autem dicitur, renuntiatione societatem tolli: id obtinet, si tempestive & citra dolum renuntiatio fiat. Si quis enim callidè & dolo malo societati renunciet, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: à se quidem liberat socios suos: sed non vice versa, se ab illis liberat, l. actione. 65. §. diximus. 3. ff. eod. Lucrum etenim, quod captavit, si acquisierit, communicare actione pro socio cogitur: damnum verò, quod præter spem fortè, vel expectationem emergit, eum solum respicit, qui dolo malo societati renunciavit, d. l. 65. §. 3. ff. d. tit. Quod si tamen post renuntiationem aliquod industria sua renunciator acquisierit, id communicare non tenetur: quia nullus in eo dolus argui potest: & sic cessante causa, cessat etiam effectus, hoc §. 4. ver. si quid verò, & c. d. l. actione. 65. §. diximus. 3. & aliquot. seqq. ff. eod. Cæterum quæcunque commoda ei, cui renunciatum est, post renuntiationem societatis acquisita fuerint, ea sibi soli habebit, ut hic in vers. ei vero, & c. Planè renuntiationem etiam per procuratorem, tam speciale mandatum habentem, quam omnium bonorum, & procuratori fieri posse, certum est, d. l. actione. 65. §. renunciare. 7. & §. seq. ff. eod. Quin & curator furiosi (qui scilicet post contractam societatem furere cœpit) renuntiationem ejus nomine tam facere, quam accipere potest, per textum expressum in l. ult. C. pro socio.

Secundò finitur societas morte unius socii, §. solvitur. §. 1. hoc tit. d. l. societatem. 4. §. 1. l. socium. 60. in fine princ. d. l. verum. 63. §. ult. & d. l. actione. 65. §. morte. 9. ff. pro soc. Idque usque adeo verum est, ut ne quidem ab initio pacisci liceat, ut heres in societate succedat, arg. l. si convenerit. 14. ibi, ne societate abeat, & l. adeo. §. 9. ff. d. tit. Hujusque multiplex affertur ratio: Tum quia nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit, l. nemo. 35. ff. eod. Tum quia nemo invitatus cogitur in societate detineri, d. l.

17 *ultim. Cod. commun. divid.* Tum etiam quia qui societatem contrahit, certi hominis fidem, diligentiam, solertiam, mores, & industriam eligit, *d. §. solvitur. §. hoc tit.* Tum postremo quia nulla societas in æternum (ut videlicet societas ultra vitam contrahentium sociorum extendatur) coitio est, *d. l. nulla. 70. ff. pro socio. Bronch. cent. 1. évantio pavov. assert. 84. ed. 1. Henning. Gæden. consil. 86. de societate. num. 2. Tiber. Decian. resp. 22. volum. 3. Cujac. lib. 10. observ. cap. 25. & in Commentar. in lib. 32. Pauli ad edict. pag. 122. & seq. Matthias Stephani cent. 3. quæst. 85. ad lit. B. Timæus Faber disput. anniverf. 24. ad Instit. Imperial. th. 13. lit. b. Rober. disp. 17. ad Instit. th. 11. Paul. Berens disp. 12. ad Instit. them. 1. q. 4. Hunn. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. q. 4. Marchisellus in quæst. præct. quæst. 22. n. 12. Arumæus Exerc. Justin. 15. th. 4. Schickhard. disput. 15. thes. 1. resol. quæst. 1. Hackelman. disput. 9. thes. 19. ad lit. D. Knipschildt exercitat. Acad. 10. quæst. 3. pag. 354. Forster. in tract. de pact. cap. 6. pag. 194. cum seq. & part. 1. disput. 18. th. 16. ubi contradicentem citat Hotoman. in Comment. pro socio. pag. 220. & Iacobum Thomming. decis. 3.*

18 Non evertit hanc sententiam *d. l. verum. 63. §. in heredem. 8. ff. pro socio.* ubi dicitur, quod heres socius non sit, nisi fuerit adscitus: unde sequi videtur, quod ex pacto heres in societatem succedat. Nam vulgò respondetur: hoc in publica vectigalium exercendorum societate; non itidem in privata, specialiter receptum esse: tum propter negotii magnitudinem, variosque tractatus: tum ne, dissoluta societate, publica locatio damnum faciat: Bronchorst. Arumæus, & Berens dictis locis. Wesenbec. in Paratit. ff. pro socio. num. 11. Deinde, quia textus dicti §. in heredem. 8. expresse de societatibus vectigalium, caterorumque, loquitur, aliter responderi posse videtur: nimirum hæc verba, nisi fuerit adscitus, hoc sibi velle: quod nisi assumptus fuerit à sociis in societatem heres, atque cum ipso de novo inita fuerit societas, non possit esse socius. Atque hanc interpretationem, uti verissimam, comprobatur D. Hunnius *d. quæst. 4. vers. non obstat præterea, &c.*

19 Non etiam turbat assertionem nostram *d. l. actione. 65. §. si in rem. 2. & §. item si alicujus. 10. ff. pro socio.* ubi lucrum, post socii mortem ex negatione perceptum, cum herede ejus communicatur: adeoque societas ad heredem socii transit. Respondetur enim: diversa esse, societatis contractum in heredem socii transire, & actionem pro socio in heredem socii dari. Societas quidem finitur morte socii: sed tamen actio pro socio non finitur. Unde tenetur socius quæsitæ post mortem socii cum ejus herede communicare; si modò, rebus adhuc omnibus integris manentibus, ignoravit, illum mortuum esse: secus, si scivit, *d. l. verum. 63. §. in heredem. 8. & d. l. actione. 65. §. item si alicujus. 10. ff. eodem.* Sed & quoad negocia, quæ incepta & inchoata sunt geri, manet societas inter superstitem socium, & heredem socii: ut scilicet lucrum & damnum, quod ex ante gesto dependet, cum herede in commune conferatur, *l. heres. 40. & d. l. 65. §. morte. 9. in fine. ff. eodem tit.*

20 Sic quoque non frangit conclusionem nostram *l. tale pactum. 40. §. fin. ff. de pact. & l. si pactum. 9. in fin. ff. de probat.* ubi scribitur: unumquemque tam heredibus suis, quam sibimetipsi cavere & consulere censeretur. Id namque locum habet & procedit, nisi contractum natura pactionem istam aversetur; quod in proposito themate fieri, ex rationibus supra num. 16 & seq. allatis constat. Arumæus exercit. 15. thes. 4. circa finem. Illudque accuratius explicat Timæus Faber *d. disputat. 24. ad Institut. thes. 13. sub lit. b.*

21 Adhæc minimè decisionem nostram enervat *l. qui negociationem. 58. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor.* ubi Scævola asserere videtur: testatorem libertis suis, Pamphilo & Diphilo, mandasse; ut societatem à se inchoatam eodem modo exerceant, quo se vivo exercebatur. Etenim dupliciter respondetur: & primò quidem, quod illic defuncto nulla cum Pamphilo & Diphilo, libertis suis, societas fuerit: siquidem verba textus satis dilucidè ostendunt, quod defunctus testator suam negociationem per Pamphilum & Diphilum, libertos suos, exercuerit. Olim quippe Romani negociationes per servos & libertos suos exercere consueverunt, *argum. l. si hoc factum. ff. pro socio. & l. liber-*

tus. 45. ff. de operis libertor. Deinde respondetur: etsi heres non sit socius, nec societatis contractus ad heredem devolvatur; tamen inchoata à defuncto negocia per heredem explicari & perfici debere, *d. l. heres. 40. ff. pro soc.* Unde (ut & ante monitum) diversissima sunt societatem ad heredem transire: & heredem teneri negocia, per defunctum inchoata, perficere. De illo nostra instituta est disquisitione: de hoc verò accipi poterit *opposita l. qui negociationem. 58. ff. de administrat. & peric. tutor. Hunn. d. quæst. 4. in fine.* In tantum præterea societas morte unius socii rumpitur: 22 ut licet numero plures supersint: tamen societas inter superstites non perseveret; nisi in coeunda societate aliter convenerit, *d. §. solvitur. §. in fine hoc tit.* Cujus rei hæc assignari potest ratio: quia plurium societas, si unus vel morte, vel renunciatione, vel alio solvendæ societatis modo deficiat, in suo utique statu integra non manet: quippe quæ non cum aliquibus tantum, sed certo hominum numero est contracta: ac proinde societas censetur individua, ut vel tota subsistat; vel tota continuò dirimatur: nisi initio aliter sit conventum. Siquidem non rarò id pacto fit, ut quatuor (verbi gratia) societatem inter se contrahant, ita ut quamdiu vel duo supersint, eadem societas permaneat. Pacta namque initio contractibus adjecta, eorum naturam mutant, *d. l. act. 65. morte. §. 9. ff. pro socio. d. §. solvitur. §. in fine. hoc tit. l. 1. §. si convenit. 6. ff. depositi.* Illudque enucleatè & copiosè explicat Schifordeghe. lib. 3. ad Anton. Fabr. tract. 28. quæst. 2. & seqq. Adde Doctorem Martam Tomo 3. Digestorum novissimorum, tit. Societas. cap. 16. & seqq. fol. 305.

Tertio fine negotii extinguitur societas. Si enim inter aliquos certæ rei vel negotii societas est contracta, simulatque finis negotio impositus est, ea finitur, *§. item si alicujus. 6. h. t. d. l. act. 65. §. item si alicujus. 10. ff. pro socio. Fürst. Würtemb. erneuert Landrecht/part. 2. tit. 6. §. ult. ibi, auch wann der Handel/fol. 254.* At hic tollendæ societatis modus non ad universalem, sed tantum ad particularem sive specialem societatem pertinet, nimirum quæ de certo negotio contracta est: ut si equorum vel jumentorum vendendorum societas sit inita, & jumenta perierint, vel rapinâ aut vi militum abducta sint: re sublata, societas tollitur, *l. si id, quod § 8. in princip. ff. pro socio. d. §. item si alicujus. 6. hoc tit.*

Quarto societas publicatione omnium bonorum unius ex sociis perimitur, *§. publicatione. 7. hoc tit. d. l. actione. 65. §. publicatione quoque. 12. ff. pro socio.* Ratio ejus rei à Justiniano & Paulo locis modo allegatis hæc adfertur: quia cum in ejus, cujus bona publicantur, locum, alius, scilicet fiscus, succedat; pro mortuo habetur: hoc est, quia publicatio bonorum nihil aliud est, quam mors civilis. In jure namque, auctorè Ulpiano, homines dupliciter moriuntur, *d. l. verum. 63. §. ult. ff. eod.* naturaliter, putà morte, de quâ paulò ante dictum: & civiliter, putà servitute, & exilio sive deportatione, id est, maxima & media capitis diminutione: quo & publicatio seu confiscatio omnium bonorum refertur. Nam plerunque bona publicantur eorum, qui maximam & mediam capitis diminutionem patiuntur, *l. bona fides. 31. in princip. ff. depositi. l. ultim. §. 1. ff. de interd. & relegat. l. ultim. §. ultim. Cod. de sentent. pass. & restitut.* Cæterum secus est in minima capitis diminutione, ut arrogatione vel emancipatione: quæ nullam repræsentat mortem: adeoque eadem nec societas solvitur. *d. l. si id, quod § 8. §. si filiusfamilias. 2. d. l. actione. 65. §. societas. 11. in fine. ff. pro socio.* Rectè autem hic Imperator in *d. §. publicatione. 7.* indicat, necesse esse, ut universa bona socii publicentur. Si enim pars tantum bonorum publicata & adempta sit: societas non expirat: cum res adhuc sive bona supersint, in quibus, tanquam in materia, societas remanere possit. Giphani. hic in vers. scilicet si universa, & Rittershus. n. 4. in fine. pag. 490.

Postremo dissolvitur contracta societas cessione bonorum: si nimirum alter ex sociis, mole debiti seu æris alieni prægravatus, bonis suis cesserit: nec refert, id ob publica, an privata debita fiat, *§. item si quis. 8. hoc tit. d. l. societatem. 4. in fin. d. l. actione. 65. §. 1. ff. pro socio.* Ratio cessionis bonorum eadem videtur, quæ & publicationis & interitus rei: quod videlicet societas, sit bonorum & rerum societas. Rebus itaque, velut materiâ societatis, omnino peremptis;

emptis: etiam societas perimitur. Nam quemadmodum sine personis nulla societas intelligitur: ita nec sine rebus exerceri eadem potest. Quanquam autem ipso jure societas cessione bonorum distrahitur: continuatione tamen voluntatis & consensus societatem renovari posse, propter futura bona, non dubitatur, d. §. item si quis. 8. in fine hoc tit. Is enim, qui creditoribus suis bonis cessit, in posterum sibi acquirere non prohibetur, §. ultim. infr. de actionib. l. is, qui bonis. 4. §. l. qui bonis. 6. ff. de cessione bonor. Quamvis & opera illius, atque industria pro pecunia esse possit, §. de illa sanè. 2. vers. Servius Sulpitius supra hoc tit.

28 Porro cum egestas (per quam designat cessionem bonorum Modestinus in d. l. 4. in fine. ff. pro socio.) sequatur decoctionem: dubitari solet, utrum sola decoctione societas solvatur: an insuper cessio bonorum exigatur, atque adeo exui bonis decoctorem antè oporteat? Et non solà decoctione, sed cessione bonorum factà dissolvi societatem, relucet ex d. §. 8. hoc tit. ubi Imperatori Justiniano non sufficit, socios bonis esse lapsos: sed apertè etiam requirit, ut socii bonis suis cesserint. Et ita, post alios, sentiunt Parisius consil. 82. num. 40. lib. 1. Benvenutus Straccha in tract. de decoctorib. part. 3. num. 47. & seq. Mozzius in tract. de societate. col. ult. sub tit. quomodo annulletur seu solvatur societas. num. 6. Schegk. in delib. jur. disput. 19. thes. 15. ad lit. C. Justus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pand. tit. 2. thes. 16. Bachovius in not. ad Treutler. disput. 27. thes. 11. volum. 1. pag. 1039. eumque referens D. Martinus Rümelin. exercit. 15. ad Instit. thes. 17. sub lit. f. pag. 142.

29 Cui non refragatur d. l. 4. §. 1. ff. pro socio. (qualege motus contrarium statuere videtur Treutlerus volum. 1. d. d. sp. 27. thes. 11. lit. C.) ex qua lege tale colligitur argumentum: Quicquid inducit egestatem, id finit societatem. Decoctio inducit egestatem. Ergo finit societatem. Verùm ad majorem bene respondet Mejerus dicto loco: quod non nisi limitata sit vera, hoc modo: Quicquid immediate inducit egestatem, id finit societatem. Majore sic limitatà, minor (Decoctio immediate inducit egestatem) erit manifestò falsa. Non enim dum decoquit, sed dum bonis exuitur, egere decoctor incipit. Et certè quotidiana testatur experientia: decoctores Bancroftierer / splendide satis vivere, antequam bonis exuantur, & ita egere cœperint. Est igitur decoctio non proxima, sed remotior egestatis causa. Eadem de quæstione videantur Hector Felicius in tractat. de societate. cap. 34. num. 24. Plebst. disputat. nov. antiq. 2. thes. 70. in fine, & Hunnius in resol. ad Trentl. d. disp. 27. thes. 11. lit. C. p. 1740. & seq.

§. Socius socio. 9. & ult.

Socius socio utrùm eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiae nomine; quæsitum est? Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim, talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit: de se queri, sibi que hoc imputare debet.

S U M M A R I A.

- 1 Quid in actionem pro socio veniat.
- 2 Contractus societatis est bona fidei.
- 3 Nomine bona fidei quid in hoc contractu contineatur.
- 4 Dolus apertè est bona fidei contrarius.
- 5 Socius, præter dolum & culpam latam, præstat etiam culpam levem, non item levissimam.
- 6 Consideratio l. quod Nerva. 32. depositi.
- 7 Cur in societate levissima culpa non præstetur.
- 8 An & quatenus unus sociorum pro alio ad testimonium perhibendum admittatur.

Stendit in hoc §. Justinianus: quid in iudicium societatis sive actionem pro socio veniat. De quâ re hoc olim generaliter dicebatur: bonam fidem socium socio

præstare debere, l. nemo. 3 §. in fine. l. cum duobus. §. 2. §. 1. ff. pro socio. Est enim societatis contractus, & iudicium pro socio bonæ fidei, §. actionum. 28. infr. de actionib. l. in proposita 78. in fin. §. l. seq. ff. pro socio, cum similibus supra ad principium hujus tit. adductis, num. 5. usque adeo, ut in eo fides exuberet, quemadmodum Imp. Diocletianus & Maxim. rescripserunt in l. cum in societatis. 3. C. pro socio. Nomine autem bonæ fidei quid in hoc contractu contineatur, quæstionis est: num dolus tantummodo, an verò etiam culpa? De dolo nulla unquam fuit controversia: quoniam is apertè bonæ fidei contrarius est, l. ea verò. 3. §. fin. ff. eod. Ideoque si quid socius dolo commiserit: dubium non est ullum, quin eo nomine actione pro socio teneatur, hoc §. & l. adeo. §. 9. in fine. ff. d. tit. Sed de culpa dubitatum controversumque fuit, ut arguit d. l. cum duobus. §. 2. §. utrum ergo. 2. ff. eod. Et obtinuit tandem, ut & culpæ nomine socius teneatur, ut hic, & d. l. §. 2. §. 2. & §. si qui societatem. 11. §. l. socius socio. 72. ex qua lege hic §. sumptus est. ff. pro socio. l. si, ut certo. §. §. nunc videndum. 2. ff. commodati. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. At quam culpam socius præstabit? Constat enim, triplicem esse culpam: latam, levem, & levissimam, ut latius expositum ad §. 2. n. 70. sup. de obligationib. Et dicendum: præter culpam latam, socium levem etiam præstare debere, argument. hujus §. & dict. l. socius socio. 72. ff. pro soc. quibus in locis expressum est, culpam non esse dirigendam ad exactissimam diligentiam, id est, culpam hic præstandam esse non levissimam, sed levem tantum: idque ex generali illâ ratione, quæ habetur in dict. l. si, ut certo. §. §. 2. vers. sed ubi utriusq. commodati: quod in contractibus, qui utriusque contrahentium gratiâ celebrantur, vel in quibus utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, non tantum dolus & lata culpa, sed & levis culpa præstetur. Concordat jus renovatum Würtembergicum, part. 2. tit. 6. §. ein jeglicher / so der Gesellschaft zugethan / &c. pag. 254.

Nec obstat, quod is, qui eandem debet diligentiam rebus alienis, quam debet propriis, si eam in alienis non præstat, dolosè agat, culpamque latam committat, l. quod Nerva. 32. ff. depositi. Socius autem communibus rebus talem adhibere diligentiam teneatur, qualem suis rebus adhibere solet, per hunc §. & d. l. socius socio. 72. ff. pro socio. Ac ideo socius, si eam diligentiam communibus rebus non præstet, dolosè agat: & consequenter de dolo & latâ culpâ duntaxat, non etiam de levi teneatur. Nam respondetur: majorem hujus argumentationis propositionem procedere in rebus omnino alienis, ut rebus depositis, de quibus allegata lex. 32. ff. depositi. loquitur: non etiam in rebus communibus. Quare depositarius, si rebus alienis minorem, quam suis, adhibeat diligentiam, dolo sive fraude non caret. Socius verò, si minorem rebus communibus præstet diligentiam, dolo quidem & latâ culpâ caret: culpâ levi non caret. Neque enim facile videri quis potest dolosè versari in rebus, ad se pro parte pertinentibus. Quod igitur lata culpa est in deposito; levis culpa in societate est, docente Dn. Collega Bocero in Commentar. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 116. & seq. edit. 2. & D. Hunnio lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 3. quæst. 3. ad fin. Adde Timaum Fabricum disp. 24. ad Institut. Imperial. th. 14. & Iustum Mejerum in Commentar. de culpa in contractibus præstanda th. 2. 16. & seqq. itemque Locamerum quæstionum juridicar. fasc. 40. quæst. 2. Ratio porro, cur in societate levissima culpa haud præstetur, non solum illa est, quod in societatis contractu utriusque socii utilitas versatur, d. si, ut certo. §. §. 2. vers. sed ubi utriusq. ff. commodati. sed & hæc ab ipso Imperatore hic in fine redditur: quod de se queri, sibi que imputare debeat, qui parum diligentem & industrium sibi socium elegerit: cum ejus conditionem & negligentiam aut sciverit, aut certè scire debuerit, arg. l. qui cum alio. 19. ff. de reg. jur.

Tandem quasi coronidis vice quæri poterit: nunquid unus sociorum pro alio ad testimonium recipiatur? Et, pro resolutione hujus quæstionis, inter socios distinguendum erit. Aut enim duo sunt socii omnium bonorum: & tunc

& tunc respondetur, quod alter pro altero ad testimonium non admittatur: cum eadem causa reputetur & propria, l. 1. §. in propria. l. 1. ff. quando appellandum sit, &c. Aut isti sunt focii unius rei: & tunc multum refert: quia aut erat controversia de aliâ re, quam de eâ, in quâ erant focii. Et in hoc casu dicendum, quod unus bene admittatur pro alio ad perhibendum testimonium, l. 1. §. 1. ff. de test. Aut erat controversia de eâdem re, in quâ focii erant: & eo casu pronuntiandum, quod unus quidem admittatur pro alio: cum id non reperiatur prohibitum in jure, argum. d. l. 1. §. 1. ff. d. tit. sed minor fides ei adhibeatur, quàm aliis, argum. l. testimonium. 3. ff. eod. Atque ita disertè tradit Petrus de Bella Perticâ, in suis questionib. & decisionib. aureis sive singularib. quest. 30.

DE MANDATO.

TIT. XXVII.

Principium Tit. & §. §. seqq.

Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit: supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

§. 1. Mandantis tantum gratia intervenit mandatum: veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.

§. 2. Tua gratia & mandantis: veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, mandet tibi, ut cum reo agas, periculo mandantis: vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.

§. 3. Aliena autem tantum causa intervenit mandatum: veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes.

§. 4. Sua & aliena: veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emereres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

§. 5. Tua & aliena: veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes: quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

SUMMARIA.

- 1 Mandati vocabulo quid significetur.
- 2 Mandatum vel publicum est, vel privatum.
- 3 De quo mandato in hoc titulo agatur.
- 4 Mandator & mandatarius quis dicatur.
- 5 Mandatarius sive procurator est aut litium & causarum; aut rerum seu bonorum.
- 6 Mandatarius quomodo differat à procuratore.
- 7 Mandati verbum unde derivetur.
- 8 Manus sive dextera est symbolum fidei.
- 9 Mandati definitio.
- 10 Mandatum esse contractum, ostenditur.
- 11 Mandatum in quo differat ab officio mandatarii.
- 12 Mandatarius fines mandati excedere nequit.
- 13 Mandatum quid ad sui perfectionem desideret: & intellectus, l. res ex mandato. § 9. ff. de acquir. rer. dom.
- 14 Mandatum etiam inter absentes fieri & suscipi potest.
- 15 Differentia inter contractum mandati, & mandata magistratus.
- 16 Mandatum ex officio & amicitia originem ducit.

- 17 Mandatum libere vel suscipitur, vel non suscipitur: ibique Boetiana mandati definitio taxatur.
- 18 Mandatum variis modis dividitur.
- 19 Mandatum expressum quid.
- 20 Mandatum non contrahitur per verba commendatoria.
- 21 Verus intellectus l. si literas. 7. C. mandati.
- 22 Mandatum tacitum quid.
- 23 Mandatum aliud judiciale, aliud extrajudiciale.
- 24 Mandatum generale quid.
- 25 Mandatum cum liberâ quid.
- 26 Mandatum sine liberâ quid.
- 27 Mandatum generale cum liberâ tantundem operatur, quantum speciale in iis casibus, in quibus speciale exigitur.
- 28 Consideratio l. iusjurandum. 17. §. ultim. ff. de iurejurando.
- 29 Delatio iurisjurandi speciale mandatum requirit.
- 30 Qua sit formula mandati cum liberâ.
- 31 Ad contrahendum matrimonium quale desideretur mandatum.
- 32 Matrimonium, utpote indissolubile vinculum personis contrahentium injiciens, est summi prajudicii.
- 33 Periculum quo majus, eo cautius agendum.
- 34 Mandatum speciale quid.
- 35 Mandantis gratia quando interveniat mandatum.
- 36 Alienâ causâ quando interveniat mandatum.
- 37 Nemo alteri obligationem acquirere potest.
- 38 Similiter planè interfit mandatoris, negotium alterius expediri: mandatum non valet.
- 39 Mandatis & aliena causa quando mandatum interponatur.
- 40 Mandatis & mandatarii gratia quando contrahatur mandatum.
- 41 Alienâ & mandatarii gratia quando mandatum interveniat.
- 42 Mandatum aliud determinatum, aliud indeterminatum.
- 43 Mandatum aliud proprium, aliud improprium.
- 44 Mandatum aliud purum, aliud non purum.
- 45 Mandare & mandatum suscipere possunt omnes, qui non prohibentur.
- 46 Qui prohibeantur mandare ratione potestatis.
- 47 Servus licet non proprio, tamen alieno nomine mandare potest.
- 48 Ratione ætatis mandare prohibentur infantes: & quare.
- 49 Pupilli quatenus mandare queant.
- 50 Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & prodigi.
- 51 Ob vitium corporis mandare vetantur muti & surdi.
- 52 Fœmina quatenus mandare possint.
- 53 Tam absentes, quam presentes mandare queunt.
- 54 Procurator negotium susceptum alteri rursus demandare potest.
- 55 An deportatus mandare valeat.
- 56 Deportatus omnia retinet, quæ sunt iuris gentium.
- 57 Expositio & intellectus l. si mandaverit. 22. §. is, cuius. 5. ff. mandati.
- 58 Quatenus relegati bona publicentur.
- 59 Deportatus omnia amittit, quæ iuris sunt civilis.
- 60 Actiones quo jure introductæ.
- 61 Deportatus cur servum manumittere nequeat.
- 62 Appellatione bonorum actiones continentur.
- 63 Consideratio l. 2. Cod. de bonis proscriptor.
- 64 Mandatum suscipere possunt & patres & filii familias.
- 65 Officium procuratoris judicialis publicum & civile est.
- 66 Filii familias in publicis causis pro patrefamilias habentur.
- 67 Qua actio detur, si pater negotium, quod filiofamilias à Titio demandatum erat, executus fuerit.
- 68 Conciliatio l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel. cum l. mandasti. 46. ff. de negot. gest.
- 69 Agnoscere tutelam quid.
- 70 Mandatum suscipere possunt tam fœmina, quam mares.
- 71 An minoribus 25. annis. an item servis negotia recte mandentur.

EX contractibus, qui solo perficiuntur consensu, reliquus est quartus, nempe mandatum. Mandati vocabulo significatur nonnunquam præceptum Superioris: ut Dei Optimi Maximi, vel Magistratûs, vel Parentum, vel similium: quod obtemperandi in se necessitatem continet. Et rursus in publicum, & privatum distinguitur. Publicum est, quod à Magistratu pro Imperio subditis fieri solet: cujusmodi olim erant mandata, quæ Præsidibus in Provincias profecturis à Principe dabantur: qualia etiam hodie censentur, quæ in Aula Imperatoris, & Camera Imperiali quotidie extrahuntur. Et de publicis mandatis est tit. Codic. de mandatis Principum & Novell. 17. Privatum est, quod vel à patre liberis; vel à domino servis datur; & propriè iustus appellatur, l. 1. §. tot. tit. ff. quod iussu. l. 4. §. passim. Cod. quod cum eo, qui in aliena potest. est, negot. gestum, &c. Anson. Popma. lib. 3. de different. verbor. in verbo, iussum, &c. Cæterum tale non est illud mandatum, de quo hic tractatur. Hoc namque commisionem, ab amico voluntariè susceptam, denotat. Proinde qui fretus amicitia, quippiam bonâ fide gerendum seu faciendum alicui committit, is mandans, vel mandator dicitur,

dicitur, *l. inter. 26. §. non omnia. §. l. si quis. 27. §. 2. §. l. seq. ff. mandati. l. si pro ea. 10. §. l. ad comparandas. 16. Cod. eod. §. 1. §. 2. §. §. mandatum non suscipere. 11. hoc tit.* Qui verò aliquid faciendum sine mercede recipit; vulgò, ad imitationem legatarii, mandatarius, & procurator in jure vocatur, *l. si remunerandi. 6. §. apud Iulianum. 6. l. salarium. 7. l. si procuratorem. §. in princ. §. 1. §. 3. l. idemque. 10. §. 1. §. seqq. ff. mandati. l. cum per procuratorem. 9. l. procuratorem.*

11. §. ll. seqq. ff. eod. Isque duplex perhibetur: aut litium & caularum: aut rerum sive bonorum. De illo præcipue agitur *sub tit. Digestor. §. Cod. de procuratorib. §. infr. tit. de iis, per quos agere poss.* de hoc verò hic, *§. tit. ff. §. Cod. mandati.* & is propriè, secundum interpretes, mandatarius appellatur, & ab illo differt, ut à genere species: ita ut omnis quidem procurator sit mandatarius: non autem, vice versâ, omnis mandatarius sit procurator. *Andr. Clud. de condict. certi. c. 3. n. 61. eumque referens Hillig. in Donell. enucleat. lib. 13. c. 11. lit. A.* Tametsi id novissimè improbet Justus Mejer. *in Disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 4. & D. Bocerius in hoc tit. num. 32. pag. 462. itemque Richterus in tract. de contractib. disput. 12. th. 1. sub lit. a. p. 307.*

7 cum seq. Mandati verbum à manu datâ non insulsè dictum videtur. *Isidor. lib. 5. Etymolog. cap. 24. V. mandatum. Petr. Fab. ad l. semper qui. 60. ff. de reg. jur.* Tum quia in mandatis dandis accipiendisve, manus sibi invicem dari mos antiquitus erat: quem adhuc hodie in mutuis promissionibus vulgò observari videmus. *Oldendorp. class. 4. act. 24. ab initio. Ioh. Emeric. à Ro. bach. process. civ. tit. 20. num. 2. ex Azone in summa. C. mand. num. 7. Mynsing. hic num. 1.*

8 §. alii. Tum quia manus sive dextera, priscis fidei erat symbolum, teste Livio & Casare: unde manum dare, est dare fidem: fallere dextras, hoc est, fidem. *Virgil. lib. 6. Aeneid. v. 613. Quo facit etiam illud proverb. cap. 6. vers. 1. ibi, defixisti manum, §. cap. 22. vers. 16. ibi, defigunt manus suas, &c.* Tum denique quia negotium manui, id est, potestati datur ejus, qui gerere debet. *Quâde e videantur quoque Bald. in rubr. tit. ff. mand. ibique Wesenbec. in Paratit. num. 2. Gœddeus in Comment. in de contrah. §. committ. stipulat. cap. 3. num. 183. Chif. et. lib. 1. de jure fidei commissi. cap. 4. Ant. Guibert. de matrimon. c. 4. num. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. d. lib. 13. cap. 10. lit. 9. lit. b. B. §. Stuck. part. 1. exercitat. Instin. decad. 12. assert.*

9 Definitur mandatum contractus juris gentium, nominatus, bonæ fidei, nudo consensu initus: quo negotium aliquod gratis efficiendum; voluntariè suscipienti committitur, *Eodem propè modo mandatum definit Philippus Kripschildt exercitat. Acad. 10. thes. 36. pag. 346.* Dico, mandatum esse contractum, argum. hujus principii, *§. l. 2. in princ. ff. mand. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. item l. 1. §. l. si hereditatem. 32. ibi, §. mandati obligationem. ff. mandati. ubi mandati obligatio dicitur.* Atqui illa obligatio ex delicto non est. Igitur ex contractu ut sit, necesse est. Sed & perspicue mandatum contractibus annumeratur à Justiniano Imp. *supra in tit. de obligat. ex consens. & à Cajo in l. 2. ff. de obligat. & actionib.* Imperitè ergo ac improprie nonnulli mandati genus faciunt officium, eo quod mandatarius negotium demandatum expediendo, fungi officio dicatur. *Azo, Accursius, Bartol. Salicet, & alii ad rubr. ff. mandati, eosque citans Mozzius in tract. de mandato. cap. 1. num. 7.* Rectius namque genus mandati constituitur contractus: tum quia hoc genus propinquius est, ac specialius, quam officium: tum quia ad finem atque effectum mandati propius accedit. Hoc siquidem agitur contractum mandati, ut mandatarius officium suscipiat, atque ad istud exequendum obligatus sit mandanti: & mandans vicissim obligatus sit mandatario, ad omnia ea refundenda atque restituenda, quæ mandatarius in expeditionem negotii sibi demandati impendit, *l. si verò. 12. §. si mihi. 9. l. si quis. 27. §. impendia. 4. §. l. qui mutuam. §. 6. §. ult. ff. manda-*

11 ti. Præterea mandatum ab officio mandatarii plurimum differt. Mandatum siquidem ad officium mandatarii se habet, ut causa ad effectum. Mandatum enim est illud ipsum, per quod officium mandatario defertur & injungitur, & ex quo mandatarius ad officium illud obeundum obligatur. Denique officium solius est mandatarii: mandatum verò ad utrumque tam mandantem, quam

mandatarium refertur. *Ita bene sentiunt Treutler. vol. 1. disput. 27. thes. 1. ad lit. B. & inibi Hunnius in sua resolutione. pag. 1700.*

Dico in definitione, *juris gentium*, argumento *l. ex hoc jure. §. ff. de justitia & jur. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pactis. d. l. 1. in princ. ff. mandat. §. l. 1. §. est autem emptio. 2. ff. de contrah. empt.* Dico, *nominatus*: quia certum & proprium nomen habet, *d. l. ex hoc jure. §. ff. de just. & jur. d. l. juris gentium. 7. §. 1. ff. de pact. §. l. 1. §. 2. in fine. ff. de rer. permutatione.* Dico, *bona fidei*, argum. *§. actionum. 28. infr. de actionib. l. itemque. 10. in princ. d. l. si verò. 12. §. si adolescens. 11. ibi, adversus bonam fidem. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Codic. eod.* Cui non obstat, quòd man- 12 datarius fines ac terminos mandati ne latum quidem unguem excedere possit: adeoque mandatum stricti juris esse videatur, *§. is, qui exequitur. 8. infra hoc tit. l. diligenter. §. in princ. ff. mandati.* Hoc enim rectè dicitur de executione mandati obligatione & actione: hoc est, mandatum quidem strictè exequendum est, *juribus modò allegatis*: sed si mandatarius id in terminis executus fuerit, ad omnia mandanti obligatur, quæ ipsi præstari æquum & bonum est: & vicissim mandans obligatur mandatario ad omnium eorum præstationem, quæ præstari æquum & bonum suadet, *d. §. actionum. 28. infr. de actionibus.* Dico, *nudo consensu initus*. Quia mandatum ad sui perfectio- 13 nem nihil quicquam, præter consensum, desiderat, *d. l. 1. in princ. ff. mand. d. l. 2. in princ. §. ff. de obligat. & actionib. d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permutat. & tot. tit. sup. de obligation. ex consens.* Nec obstat *l. re ex mandato. 59. ff. de acquir. rer. domin.* ubi Callistratus ait, rem mandato meo emptam non antè meam fieri, quam si mihi tradiderit eam, qui emit. Ergò mandati obligatio re contrahitur, quippe traditione opus est. *Nam respondetur: traditionem in d. l. 59. referri non ad mandatum, sed emptionem: quia emptæ rei dominium non transfertur sine traditione.* Igitur neque mea fieri potest, nisi tradita mihi sit. At ex mandato est obligatio nudo, soloque consensu, *docente hic Marcilio.* Hincque fit, ut mandatum non solum inter præsent- 14 tes; sed & inter absentes per epistolam vel nuncium fieri & suscipi possit, *d. l. 1. §. 1. ff. mandati.* Hinc etiam perspi- 15 citur differentia inter contractum mandati, & mandata Magistratûs sive Principum: quòd videlicet (*ut & supra num. 2. monui*) mandata Principum ab initio statim sint necessitatis: contractus verò mandati ab initio sit voluntatis, & ex post facto demum necessitatis, *l. sicut. §. Cod. de obligat. & actionib.* Dico, *gratis*. Mandatum enim, nisi 16 gratuitum, nullum est. Nam originem ex officio atque amicitia trahit, cui contrarium est merces. Interveni- 17 ente igitur mercede sive pecuniâ: non mandatum, sed locatio & conductio contrahi intelligitur, *l. 1. §. ult. l. ita ut omnes. 36. §. 1. ibi, cum mand. gr. tutum. ff. mandati. §. §. fin. infr. h. t. ubi id, annuente Deo, explicaturi sumus copiosius.* Dico præterea, *voluntariè suscipienti*. Quoniam (*ut paulò ante dictum*) mandatum ab initio necessitatem obtempe- 17 randi non imponit ei, cui factum est: sed liberè à quolibet vel suscipitur, vel non suscipitur, *d. §. mandatum non suscipere. 11. infr. hoc tit. l. si mandavero. 22. §. sicut autem. lib. 11. ff. mandati. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. voluntatis est enim. ff. commodati.* Porro mandati definitioni apposui *supra n. 9* illa verba: *Juris gentium & bona fidei, &c.* non ideò, quod necessariò fuerint addenda, aut quod demptis his definitio perfecta non esset: sed tantum majoris explicationis ac perspicuitatis gratia: quemadmodum Jurisconsultis valde familiare est, ut in suis definitionibus quædam exprimant, licet ea etiam implicite posita sint. Non igitur sac- 18 causa habet Dn. Collega Bocerius cur hanc meam, aliorumque Jurisconsultorum definitionem, ceu superfluum, hic sub 19 num. 8. pag. 459. carpat: maxime cum alias nec Boceriana mandati definitio à superfluitatis vitio vindicari posset. Nam cum mandatum definiatur contractus: ex omni autem contractu oriatur obligatio: inde apparet, superflue à Bocero, addi in definitione, *sub num. 4.* quod negotium illud honestum esse debeat, quòd in mandatum venit. Nam per se planum est: rei turpis nullam esse obligationem, *l. impossibile. 185. ff. de reg. jur.*

juncta l. filius. 15. vers. namque facta ff. de condition. institut.
Ita D. Bocerius semper culpat in aliis, quod ipsemet in se non animadvertit

- 18 Dividitur mandatū variis modis, secundum diversa genera causarum. I. Ab efficiente, in expellum, & tacitū. Expressum mandatum est, quod verbis expressis alicui conceditur: 20 ut volo, rogo, mando, cupio, &c. ut hoc, vel illud facias Et sane qualiacumque verba, voluntatem mandantis significantia, intervenire possunt, l. 1. §. 2. ff. mandati. Ceterum per verba commendatoria mandatum non contrahitur. Hinc si tibi per epistolam commendavi amicum meum, & tu ei pecuniam credidisti: ex illa commendatione adversus me mandati agere non potes: quoniam commendandi magis hominis, quam mandandi causa, epistola scripta est, inquit Ulpianus in l. si verò. 12. §. cum quidam. 12. ff. cod. Quamquam pudor alicujus fortassis oneretur, si indignum commendaverit. Unde belle canit monetque Horatius:

*Qualem commendes, etiam atque etiam aspice ne
mox:*

Incutiant aliena tibi peccata pudorem.

- Sed & ea, quæ in venditionibus commendandi causa dicuntur à venditore, sic habentur, quasi neque dicta, neque promissa essent, l. quod vendit. 37. ff. de dolo malo. Non adversatur l. si literas. 7. Cod. mandati. ex qua colligi posse videtur: eum, qui literas commendatitias misit, ex commendatione ista obligari. Nam in eâ lege non commendationis, sed mandati verba epistolæ fuerunt inserta. Id quod illis Imp. Gordianus verbis subindicat: *cu, ut mandatum secutus es, &c.* Non ergo immerito actio mandati in specie illius legis adversus scribentem concessa fuit. Ea, de re videatur Vitalis de Cambanis in tract. clausularum. §. enunciativa verba in epistolis prolata. & Linglois in Comment. ad 50. decis. Justin. fol. 132. quest. 4. hosque laudans D. 22 Besold. in delib. jur. ex lib. 17. ff. quest. 5. Tacitum mandatum est, quod non quidem verbis apertis, sed per silentium, patientiam, ratihabitionem declaratur: ut si, alio pro me fidejubente, aliudve negotium gerente, taceam: videor ei mandare, ut pro me fidejubeat, negotium vegetat, l. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur. 18. l. si pro te. 40. & l. qui fide. 53. ff. mandati. l. si fidejussor. 6. Cod. eod. l. licet. 56. ff. de judic. Stuck. part. 1. exercit. Justin. decad. 12. assert. 9. lit. C. & K.

- II. A causa materiali dividitur in mandatum ad negotia, & mandatum ad lites sive judicia: hoc est, in mandatum extrajudiciale, & mandatum judiciale, l. nam & 12. & l. seq. ibi, ad act. procurator factus. ff. de pact. l. hoc jure. 86. ibi, lites procur. ff. de solut. l. filiusfam. 8. §. ult. & l. Paulus respondit. 96. ff. de procurat. l. licet. 24. Cod. d. tit. Paul. lib. 1. receptar. sent. §. 1. ibi, procurator aut ad negotium, &c. Et illud quidem qui administrat, plerunque mandatarius dicitur: qui verò hoc, procurator appellatur, l. salarium. 7. & l. seq. ff. mandati. l. cum per procuratorem. 9. Cod. eodem. quamvis non raro idem nomen etiam mandatario tribuatur, ut jam supra dictum, num. 5. Uterque enim procurat, hoc est, prudentiam & sollicitudinem in negotio conficiendo adhibet, l. 1. in pr. l. servum. 33. §. 1. ff. de procuratorib. d. l. si remunerandi. 6. §. apud 6. d. l. idemque. 10. in princip. ff. mandati. Mejer. d. disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 7.

- III. Ex eadem causa dividitur in generale, & speciale. 24 Generale mandatum est, quod sine ulla negotii definitione alicui committitur, & procuracionem omnium rerum sive univerforum bonorum & negotiorum habet, l. procurator, cui generaliter. 58. l. mandato generali. 60. l. procurator totorum. 63. ff. de procuratorib. l. illud. 25. in fine ff. de minorib. l. si remunerandi. 6. §. apud 6. vers. si omnium negotiorum. ff. mandati. Mözz. in tractat. de mandato. cap. 2. de divisione mandati. num. 4. Althus. lib. 1. Dicaeolog. cap. 83. 25 num. 40. & seq. pag. 297. Idque rursus distinguitur in mandatum cum libera, quod negotiorum omnium administrationem nominatim, cum plena potestate, continet, d. l. procurator. 58. ff. de procur. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandat. l. si procurator. 10. Cod. de procuratorib. & mandatum sine libera, quod quidem administrationem negotiorum omnium, sed nudam tantum & simplicem

habet, nulla scilicet plenæ potestatis mentione facta, d. l. mandato generali. 60. ff. eod. Et hoc cui datum est, ei administrandi duntaxat potestas concessa fuisse videtur: non etiam transigendi, aut alienandi res tam immobiles, quam mobiles, d. l. mandato. 60. & d. l. procurator totorum. 63. ff. eod. tit. Illud verò qui habet, non simpliciter tantum administrare; sed & alienare, vendere, exigere, novare, solvere creditoribus potest, omniaque ea facere, quæ dominus verisimiliter faceret, si adesset, §. quæ ratione. 43. supr. de rer. divis. d. l. procurator. 58. & l. seq. de procurator. l. quæ ratione. 4. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquir. rer. domin. Jul. Pac. cent. 2. & artio parav. quest. 47. Forst. jun. in tract. de pact. c. 5. pag. 135. cum seqq. Knipschildt. exercitat. Academ. 10. quest. 9. & 10. pag. 360. cum seq. late Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4. quest. 1. Hucque referri poterunt, quæ annotavimus infra ad §. 1. tit. de iis, per quos agere poss. num. 205. & aliquot seqq. Quin & tantundem valet ac operatur mandatum generale cum libera, quantum speciale, in iis casibus, in quibus speciale mandatum exigitur, per ea, quæ tradunt Baldus in l. illud. 25. §. 1. ff. de minorib. Angelus Are- 26 tin. in §. ult. num. 3. infr. de iis, per quos agere poss. Vantius in tract. de nullitatib. tit. de nullit. sent. ex defect. inhabil. sem mand. n. 87. Ruinus consil. 93. n. 6. lib. 5. Decius consil. 430. col. 1. & consil. 69. col. 2. Catelian. Cotta in memorab. incip. procurator generalis. Tirag. de rer. lign. §. 1. Gloss. 13. n. 32. alique plures, quos allegat. Quorum Dd. sententia licet minus probetur Mozzio dicto cap. 2. num. 56. & Treutlero volum. 1. disput. 27. thes. 5. lit. A. eam tamen verissimam esse judico, cum D. Hunnio in res. Treutleri d. loco. Etenim in l. iusjur. 17. §. ult. ff. de jurej. habetur; mandatum cum li- 28 bera & mandatum speciale ad hoc desiderari, ut procurator iusjurandum deferre possit: adeoque mandatum universale cum libera, & mandatum speciale, quoad delationem iusjurandi, æquiparantur. Atqui ad delationem ius- 29 jurandi speciale mandatum requiri certum est, l. iusjurandum. 34. §. 1. ff. d. tit. cap. ult. de juram. calum. in 6. Clement. non potest. 2. de procuratorib. Igitur consequens est, quòd in iis, quæ speciale mandatum desiderant, tantundem mandatum generale cum libera, quantum speciale mandatum, operatur. Deinde ad transactionem speciale mandatum requiri, nec generale sufficere, constat ex d. l. mandato generali. 60. ff. eod. c. per tuas. 9. ibi, sine speciali mandato. ext. de arbitris. & cap. qui ad agendum. 4. vers. procurator quo- que de procuratorib. in 6. At vero ad transactionem sufficere mandatum cum libera, arguit d. l. procurator. 58. ff. d. tit. Adhæc ad alienationem bonorum mandatum speciale esse necessarium, expressum est in d. l. procurator totor. 63. ff. de procuratorib. Sed procurator, qui liberam habet bonorum administrationem, alienare potest, d. l. quæ ratione. 9. §. nihil autem interest. 4. ff. de acquir. rer. domin. Præterea formula atque tenor mandati cum li- 30 bera hanc sententiam evidenter confirmat. Sic enim ea describitur in d. l. creditor. 60. §. Lucius. 4. ff. mandati: Concedo tibi de omnibus meis, ut vis, negociari: sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum: me omnia firma esse à te facta existimante, & non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quibus ex verbis manifestum evadit, quòd is, cui libera bonorum administratio est commissæ, omnia ea habeat, quæ speciale mandatum desiderant: adeò, ut non minus de bonis, fidei suæ commissis, disponere queat, quam ipso domino permittitur.

Huic non obstat, quod ad contrahendum matrimo- 31 nium, in quo exigitur speciale mandatum, non sufficiat generale mandatum cum libera, argument. l. generali. 34. ff. de rit. nupt. &c. fin. ibique Gloss. de procuratorib. in 6. Respondetur enim primò, quod à matrimonio ad cætera, 32 quæ speciale requirunt mandatum, haud liceat argumentari: cum matrimonium (quod inter conjuges individuum vitæ consuetudinem inducit, & indissolubile vinculum personis contrahentium injicit, §. 1. supra, de patria potest. l. 1. ff. de ritu nuptiar.) summi sit præjudicii: ac proinde quo res majoris est periculi, eò cautius sit agendum, l. 1. §. sed & si quis. 5. vers. nam vel magis consu- lendum, ff. de Carboniano edicto. c. ubi periculum. 3. de elect.

33 *elect. in 6.* Dein & illud respondetur: quod nos hic loquimur de procuratore, cui bonorum administratio commissa est. Matrimonii autem contractus ad bonorum administrationem non pertinet, *l. in copulandis. 8. Cod. de nuptiis.* Quamvis igitur procurator universorum bonorum liberrimam habeat administrationem: non tamen integrum ipsi erit nomine sui domini matrimonium contrahere: quia fines & terminos sui mandati excederet, *contra §. is, qui exequitur. 8. infra hoc tit. Hunn. de resolut. ad Treutler. pag. 1717. Richter. d. disput. 12. th. 2. sub. lit. d.*
 34 *pag. 371.* Speciale mandatum appellatur, quod est unius alicujus & certae rei, quo videlicet dominus unum aliquem actum expediendum, aut rem unam aliquam administrandam specialiter & nominatim expresseque mandat. *l. 1. §. 1. ff. de procuratorib. l. si procurator. 10. Cod. eodem. d. l. si verò. 12. §. contrario. 7. ff. mandati. Althus. lib. 1. Dicaeolog. c. 83. num. 44. pag. 297.* Casus autem illos, qui speciale mandatum requirunt, post alios, diligenter recenset Mozzius, *d. cap. 2. de divis. mandat. num. 10. & multis seqq.* De quibus etiam disseruimus infra ad *d. §. 1. de iis, per quos agere poss. num. 241.*

IV. Ab objecto seu fine distinguitur mandatum in id, quod vel mandantis, vel aliena, vel utriusque simul, vel mandantis & mandatarii, vel aliena & mandatarii gratia 35 contrahitur, *per hunc textum nostrum, & l. 2. ff. mandati.* Mandantis gratia intervenit mandatum: veluti, si quistibi mandet, ut negocia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes, *§. 1. hoc tit. d. l. 2. §. 1. ff. eod.* Et sanè id velut fundamentum hic ponendum est: ut semper utilitas seu id, quod interest, spectetur eorum, inter quos mandatum contrahitur, maximè verò mandantis. Nam si nihil interfit mandantis, negotium expediri: non verum mandatum, sed consilium potius habetur: nec mandati actio competit, hoc principio nostro, *l. si procuratorem. 8. §. mandati 6. & audiemus in §. tua tantum gratia. 6. infra hoc tit.* Rectè autem mandatoris potissimum utilitas spectatur: quia ejus quoque duntaxat periculo negotium geritur, *§. tua gratia. 2. hoc tit. l. Quintus Mutius. 48. §. 1. ff. mandati. Timaeus Faber disp. 24. ad Instit. Imperial. th. 16. lit. a.* Alienà causa intervenit mandatum: veluti, si tibi aliquis mandet, ut negocia Titii gereres, vel ut Titio fundum emereres, vel ut pro Titio sponderes, *§. aliena. 3. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ff. eodem.* Nec impedit hoc mandatum, quòd aliena tantum utilitas hic versetur, nulla mandantis: quod tamen maximè in mandato requiri, modò dictum est. Mandantis namque hoc casu si non utilitas, periculum tamen subest: cum mandatum semper periculo mandantis contrahatur, & adversus eum actio mandati detur, *d. §. 2. hoc tit. d. l. Quintus. 48. §. 1. ff. eod. & notat hic Th. Marcilius ad §. 1.*
 37 Nihil item movet, quòd nemo alteri obligationem acquirere possit, *l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. ff. de verb. oblig.* Non enim alii, quàm mandanti, ex hujusmodi mandato acquiritur actio: & soli mandanti mandatarius obligatur ad mandatum istud exequendum: quamquam 38 utilitas hujus mandati ad alium, præter mandantem, redundet. Caterum si planè non interfit mandatoris, negotium alterius administrari: mandatum non valere, probabilius est: cum nemo alii, cujus juri subjectus non est, acquirere valeat, *argum. §. si quis alii. 4. & §. alteri. 18. ff. de inutilib. stipulationib. Timaeus Faber d. disp. 24. th. 16. lit. c. Adde Bachovium. num. 2. pag. 821.* Utriusque simul, sive mandantis & aliena causa mandatum interponitur: velut, si tibi quis mandet, ut ipsius & Titii negocia gereres, vel ut ipsi & Titio fundum emereres, vel ut pro ipso & Titio fidejubereres, *§. sua & aliena. 4. hoc tit. d. l. 2. §. 3. ff. mandati.* Tum etenim & mandantis per se ac sua sponte, & Titii etiam interest: ut, post Franciscum Hotomanum (ex quo pleraque nomine ipsius suppresso, minus laudabiliter transcripsit) notavit hic Gerardus 40 Tuningius, *pag. 643. in fine.* Mandantis & mandatarii gratia contrahitur mandatum: veluti, si Cajus mandet tibi, ut pecuniam tuam sub usuris credas Pamphilo, mutuò accipienti in ipsius Caij mandantis rem sive utilitatem. Hic primò mandantis causa mandatum fit: quia Pamphilus in rem & utilitatem ipsius mandantis mutuam accipit. Deinde mandatarii quoque gra-

tia fit mandatum: quia is Pamphilo pecuniam credit sub usuris, hoc est, ut certum inde redditum præstet. *§. 2. hoc tit. d. l. 2. §. tua & mea. 4. ff. eodem.* Aliena denique & mandatarii gratia mandatum intervenit: veluti, si aliquis 41 mandet tibi, ut Titio pecuniam sub usuris credas, *§. tua & aliena §. hoc tit. d. l. 2. §. tua & aliena §. ff. mandati.* Hoc in exemplo tua causa intercedit mandatum: quia tu credis pecuniam sub usuris, quas præstari tibi, tua interest, ut quæstum facias. Aliena verò causa, nempe Titii, mandatum interponitur: quia mandatur tibi, ut ipsi Titio credas, sicque ejus necessitati succurras. Vide Hotomanum hic ad verba, ut Titio sub usuris, &c. & ipsius clancularium Sectatorem Tuningium, *pag. 644.*

V. Ratione formæ distribuitur mandatum, in determinatum & indeterminatum. Illud fines & limites cer- 42 tos habet, intra quos sese continere mandatarius debet: hoc nullis repagulis certis est circumscriptum, *argument. l. 3. §. ultim. & d. l. Quintus 48. §. ult. ff. mandati. Mozz. d. cap. 2. de divis. mandat. num. 68.* Sed & ratione formæ mandatum rursus aliud proprium, aliud improprium constituitur. Illud propriis mandati requisitis & proprietatibus insignitur, fitque gratuito: hoc à naturâ mandati propriâ nonnunquam recedit, puta in quo aliquid remunerandi gratia alicui datur, vel quo quis procurator in rem suam constituitur, *l. licet. 42. §. ea obligatio 2. ff. de procuratorib. Gloss. Bartol. & alii in l. 1. ff. eod. Pet. Costal. in l. si quis in rem. 34. ff. d. tit. Sichard. in l. qui stipend. 9. n. 3. Cod. eod. hosque laudans D. Bocer. Class. 2. disp. 6. thes. 8. 9. & 96. edit. 2. Mozz. d. cap. 2. n. 87.*

VI. Ab Accidente dividi potest mandatum in purum, & 44 non purum. Illud est, quod neque ex certo tempore, neque in certum tempus, neque sub conditione contrahitur: hoc verò, quod diem, tempus, vel conditionem annexam habet, *l. 1. §. 3. ff. mandati. §. mandatum & in diem. 12. infra hoc tit. Mozz. d. cap. 2. de divis. mand. n. 91. Jul. Pac. in epitome jur. disp. 14. th. 43.*

Porro cum mandare & mandatum suscipere sit ex ge- 45 nere permissorum: siquidem mandatum originem ex officio atque amicitia trahit, *d. l. 1. §. ultim. ff. mandat.* consequens est, mandare & mandatum suscipere posse omnes, qui non prohibentur, *argum. l. mutus. 43. §. 1. ff. de procuratorib. l. nec non & si 28. §. 2. ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. l. cum prator. 12. ff. de jud. l. 1. §. 1. ff. de testib. & similibus.* Prohibentur autem 46 alii ratione potestatis: alii ratione ætatis: alii ob vitium vel animi, vel corporis. Ratione potestatis mandare prohibentur servi: sive sint in potestate hostium, sive in potestate dominorum. Licet enim hic contractus juris gentium sit, ut probatum supra num. 11. cujus communionem etiam servi habent; *l. quod attinet. 32. ff. de reg. jur.* tamen quo minus servi mandare possint, rei natura impedit: propterea quòd cum iis jure civili nulla est efficax obligatio, *l. cum servus. § 4. in princip. ff. de reg. jur.* Quod 47 vero de servo dicitur, eum mandare non posse: tum deum obtinet, cum suo is nomine mandare cupit, & proprio: non cum domini nomine, & alieno. Hoc etenim casu etiam servus mandare potest: sed ita, ut mandati actionem non sibi, sed vel domino, vel in dominum pariat, *initio tit. infra. per quas person. nobis obligat. acquir. l. si verò 12. §. planè. 3. ff. mandati.* Ratione ætatis man- 48 dare prohibentur infantes: quia consensu & judicio carent. Et si enim consensum & judicium habeant potentiâ: nondum tamen actu habent, nec in effectum eum producant, *l. 1. in princ. ff. de verb. obligat. d. l. obligari. 43. ff. de obligat. & actionib.* Idem quoque de pupillis judi- 49 candum: nisi vel meliorem suam conditionem faciant, & locupletiores fiant, *per princip. tit. supr. de auctor. tutor. l. contra juris. 28. in princip. ff. de pact. l. si quis 14. §. qui mandatu. 15. ff. de religiof. & sumpt. fun. l. naturaliter. 13. in fin. ff. de condict. indeb. vel tutoris appositâ auctoritate mandent, argum. l. pupillus. 189. ff. de reg. jur.* Ob vitium animi mandare impediuntur furiosi & mentes 50 capti: quia horum consensus eo ipso, quod furiantur & desipiunt, nullus est: cum *argum. d. destituantur:* & quid utiliter, vel quibus mandent, discernere nequeant, *l. 2. §. 1. ff. de procuratoribus l. furiosi. 40. ff. de reg. juris.* Idem de prodigo, cui bonis inter-

interdictum est, statuendum. *l. Marcellus. 25. ff. de fidejussoribus. d. l. furiosi. 40. ff. de reg. jur.* Denique ob vitium corporis mandare vetantur illi, qui à natura nec audiunt, nec loquuntur: adeoque animi sensa expressè declarare impediuntur. Aliud tamen juris in eo est, qui à natura vel mutus tantum vel surdus tantum, vel utrumque, sed casu existit; si modò intelligat, quid agat: & si id, quod intelligit, se agere palam demonstrat, *d. l. mutus. 43. in princ. ff. de procurator. l. in quibuscumq; 48. ff. de obligat. & act. Hucque pertinent, quæ docui ad §. 1. n. 34. & seqq. infr. tit. de iis, per quos agere possumus.* Reliqui igitur omnes mandare queunt: sive sint patresfamilias, sive filiifamilias, *l. filiusfamil. 8. in princ. ff. de procurat. l. in factum. 13. & l. obligat. 43. ff. de obl. & act. Mozz. d. tract. de mandat. § 2c. 3. de person. inter quas cadere potest mandat. num. 7. si veitem masculi, sive feminae: quæ hujus contractus participes sunt, non quidem absolute & simpliciter: sed si suum negotium gerant. Pro alio enim intercedendo mandantes non obligantur, *l. quanquam. 7. ff. ad Senatus cons. § 3 Vallejan.* Quin & tam absentes, quam præsentis mandare possunt: cum mandatum non ore tantum & verbis: sed per nuncium quoque & epistolam fieri queat, *d. l. 1. §. 1. ff. mandati l. 2. §. 2. ff. de obligat. & actionib. initio § 4 tit. supr. de obligationib. ex consensu.* Præterea non solum dominus alicujus negotii, jure mandare potest: sed & procurator negotium susceptum alteri rursus demandare potest, *l. si procuratorem 8. § si quis. 3. ff. mandati. l. si quis 28. ff. de negot. gest. Trutl. volum. 1. disp. 27. thes. 2. lit. C.* Quod de extrajudicialibus negotiis, de quibus maxime hic agitur, indistinctè verum est: at in judicialibus quid juris sit, explicui ad d. §. 1. infr. de iis, per quos agere poss. num. § 8. & seqq.*

§ 5 De deportato, utrum mandare possit, non parum dubitatur? Et non posse verius esse existimat Treutlerus, *d. disp. 27. thes. 2. sub lit. A. volum. 1. ubi & alios citat.* Sed plerique alii rectius statuunt, deportatum mandare posse, § 6 indeque sibi & obligationem & actionem acquirere. Tum quia deportatus ea omnia retinet, quæ sunt juris gentium, *l. sunt quidam. 19. in fin. ff. de pæn. l. de ortatus. 15. ff. de interdict. & relegat.* Mandatum autem esse juris gentium constat, *l. ex hoc jure. 5. ff. de justit. & jur. & similibus al-* § 7 *legatis supra num. 11.* Tum quia in *l. si mandavero 22. §. 1. is, cujus §. ff. mandati.* Paulus in hæc verba disertè scribit: *is, cujus bona publicata sunt, mandare alicui potest, ut ea emat: & si emerit: utilis erit mandati actio, si non præstet fidem. Quod ideo receptum est: quia publicatis bonis, quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum.* Quem textum de deportato (non item de relegato, ut censet Cujacius ad *l. ejus, qui 8. ff. qui testament. fac. poss. Forcatul. necyomantia dialog. 82. num. 6. Philipp. Matth. n. 15. & Sturcius num. 16. ad l. ea sola 97. ff. de reg. jur.*) accipere debere, inde patet, quod loquitur perspicuè de eo, § 8 cujus bona publicata sunt. Atqui relegati bona non publicantur: sed ipse ea retinet, *l. 1. & l. relegatus. 18. ff. de interdict. & relegat.* nisi expressè ac specialiter, salva civitate, bona universa, vel pars aliqua bonorum per sententiam ei adimatur, *l. relegati 4. l. relegatus est. 14. §. 1. ff. eod. l. deportatorum. 8. Cod. de pæn. l. chirographis. 57. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. cum similib.* Verum si salva civitate bona sunt publicata: tunc non opus est utili actione: neque justa causa est, cur non actioni directæ locus relinquatur. Cum autem in *d. l. si mandavero 22. §. 5.* utilis mandati actio sit necessaria contra mandatarium, si non præstet fidem: ea non de relegato, sed de deportato accipienda erit. Quo si omnino evinceretur relegatum, cui omnia bona specialiter adempta sunt, non habere nisi utilem actionem, ut ita *d. l. 22. §. 5.* de eo quoque intelligi posset: non tamen ideo deportatus excludendus esset. Verba enim dicti §. 5. ita se haberent, ut utriq; convenire queant.

§ 9 Nec obstat, quod deportatus omnia amittat, quæ juris civilis sunt, *d. l. sunt quidam. 17. §. 1. ff. de pæn. Actio-* § 10 *nes autem sunt jure civili introductæ, l. 2. §. deinde ex his. 6. ff. de orig. jur.* Nam actiones quoad conceptionem & formam esse juris civilis, quoad originem verò juris gentium, latius probavimus ad princip. tit. infr. de actionib. num. 15. & seqq. Idque post alios, eleganter demonstrat.

Dn. Collega Besoldus in Commentar. ad l. §. num. 7. ff. de justit. & jure. Atque hinc merito deportato non directæ, sed utiles actiones conceduntur, *d. l. 22. §. 5. ff. mandati & utilibus quoque actionibus convenitur, d. l. relegatus est. 14. §. ult. ff. de interdict. & relegat.*

Neque refragatur, quod deportato permissum non sit, ut servum manumittat, *l. 2. ff. eod. tit.* tametsi manumissio sit juris gentium, *l. manumissiones. 4. ff. de justit. & jur. initio. tit. supr. de libertinis.* Etenim deportatus eatenus non amittit ea, quæ sunt juris gentium, quatenus fisco damnum & fraudem non infert: quod in manumissione contingeret, *l. deportatus. 15. ff. de interdict. & relegat.*

Nihil quoque resistit, quod appellatione bonorum actiones continentur, *l. bonorum. 49. in fine ff. de verbor. significat.* ac proinde confiscatis sive publicatis bonis, & actiones confiscatæ atque publicatæ censentur. Hoc siquidem argumentum procedit in actionibus, ante publicationem quæsitis, non verò in actionibus, post deportationem quærendis & quæsitis, de quibus loquitur Paulus in *d. l. si mandavero. 22. §. 1. is, cujus §. ff. mandati.*

Cui minimè contradicit Imper. Alexander in *l. 2. C. 63 de bonis prescript.* ex qua colligi posse videtur, quod deportatus non solum omnia bona, quæ tempore deportationis habuit, amittat: sed etiam universa illa, quæ postea quandoque acquisierit, fisco acquirat. Bona enim, quæ post condemnationem acquisivit deportatus, non publicantur, aut fiscum sequuntur, quamdiu deportatus vivit: ideoque illorum nomine utilem actionem habet, *d. l. 22. §. 5. ff. mandati.* sed eo mortuo, devolvuntur ad fiscum: adeo, ut deportatus heredem habere nequeat: unde in *d. l. 2.* dicitur: *sed & hæc publicabuntur.* Quod tamen hodie fallit, si superstites sint liberi aut parentes ipsius deportati: quibus personis Justinianus bona relicta tribuit. *Novell. 34. cap. ult. §. ut autem &c.* Atque ita sentiunt Costalius ad *d. l. 22. ff. mandati*, ibique Duaren. cap. 2. Pacius cent. 4. évaytio παρών. quest. 87. & seq. Robertus disputat. 17. thes. 12. Arumaus exercitat. Justin. 15. thes. 7. Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 17. c. 4. lit. G. §. arceri item, &c. Mejer. in disputat. ad lib. 17. Pand. tit. 1. thes. 10. n. 11. Bachovius in not. ad Treutler. d. disp. 27. vol. 1. & noviter Knipschildt d. exercit. Acad. 10. q. 12. p. 363. nec non Richter d. disp. 12. thes. 1. sub. lit. b. p. 950.

Mandatum suscipere possunt similiter non solum patresfamilias, sed & filiifamilias, *l. si verò. 12. si filiofamilias §. cum §. seq. & l. penult. ff. mand. l. mandasti. 46. ff. de negotiis gest.* Et merito sane: quia filiifamilias etiam procuratores ad lites constitui absque consensu patris possunt, *l. filiusfamilias. 8. in fine principii. ff. de procurator. c. qui generaliter. §. §. 1. eod. in 6.* Hujusque ratio est evidens: tum quia filiusfamilias etsi patriæ potestati est subjectus: liber tamen homo est, & civis Romanus: nec ulla prohibitio, de filiofamilias procuratore non constituendo, in jure reperitur. Tum quia officium procuratoris judicialis publici cum est & civile, *l. 2. ff. de reg. jur.* At filiusfamilias in publicis & civilibus causis pro patrefamilias habetur, *l. filiusfamil. 9. ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt. l. ille, à quo. 13. §. ult. junct. l. seq. ff. ad senatusc. Treb.* hinc quæstio satis dubia exorta est: si pater negotium, quod filiofamilias à Titio demandatum erat, executus fuerit: quænam actio detur; mandati, an negotiorum gestorum? Et rectè Africanus JC. in *d. l. mandasti 46. ff. de negot. gest.* inspiciendum putat, qua mente pater mandatum, quod filio Titius dederat, expleverit. Nam si in gratiam Titii mandantis, ejusque contemplatione mandatum pater explevit: tum inter mandantem Titium & mandatarii patrem est ultro citroque actio negotiorum gestorum, perinde atque si nullum mandatum intercessisset: quia etsi intervenerit mandatum: non tamen inter patrem & Titium mandantem, sed inter mandantem & filium intervenit: ac proinde inter hos mandati actio erit. Quod si pater in gratiam filii explevit mandatum, liberandæ ejus fidei causa: inter patrem & filium nulla actio esse potest, propter vinculum patriæ potestatis: inter patrem & Titium mandantem nulla etiam actio est ex ipsorum persona: sed est ex persona filii, ultro citroque actio mandati, Titio directæ

directa de peculio, patri contraria in solidum: eademque est inter Titium & filium in solidum.

- 68 Cui non repugnat *l. si filiusfamilias. 7. ff. de tutel.* ubi Ulpianus ait, patrem etiam teneri in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel gerenti consenserit. Scitè enim Jacobus Cujacius in *d. l. 46. ff. de negot. gest. tract. 7. ad African.* eumque laudans Hunnius in *resolut. ad d. disput. 27. Treutleri thes. 2. lit. B. pag. 1706.* respondent: duos esse casus distinctos atque diversos; si gesserit pater, & si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet: in casu *dicta l. 46.* pater gessit filii gratiâ, non verò mandantis: & ideo mandanti suo nomine obligari non potuit: sed filii tantum nomine de peculio. At in casu *dicta l. 7. ff. de tutel.* pater gessit pupilli gratiâ; & ideo is pupillo tenetur in solidum, non quidem tutelâ, sed negotiorum gestorum. Quod ad posteriorem attinet casum: in specie *dicta l. 46. ff. de negot. gest.* nihil gessit filius: sed in specie *dicta l. 7. ff. de tutel.* filius gessit tutelam, patre agnoscente tutelam, id est, agnoscente periculum tutelâ.
- 69 Nec enim aliud est, agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelâ. Quare pater suo nomine tenetur, quasi iussor, vel quasi fideiussor. Patre autem non agnoscente periculum tenetur de peculio duntaxat, *l. Lucius 21. ff. de admin. & peric. tut.* Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrem in solidum, *d. l. Lucius.* imò nec cohortatio vel admonitio sola bene gerendâ tutelâ, *d. l. si filiusfamilias. 7. in fine. ff. de tutel.* sed consensus expressus quasi periculi receptio est, & obligat patrem in solidum, *d. l. si filius. 7. ff. eod. & d. l. Lucius. 21. in fin. ff. de admin. & peric. tutor.* Cæterum secundum distinctionem *dicta l. mandasti 46. ff. de negot. gest.* accipienda est, *d. l. si verò 12. §. si filiofamil. §. & seq. ff. mandati.* Mandasti filiofam. meo, ut creditori tuo solveret: ego solvi. Lex ait, te mihi teneri mandati actione: hoc ita, si contemplatione filii solvi. Nam si tui gratiâ solvi: teneris actione negotiorum gestorum. Quid verò, si post mancipationem filii solvi? Et ait eadem lex, esse negotiorum gestorum actionem, in filium scilicet, si contemplatione ejus solvi: in te, si tui contemplatione. Ita nervosè docet Cujacius loco præalleg.
- 70 Mandatum præterea suscipere possunt tam fœminæ, quam mares, *l. aut prætor. 3. §. 1. ff. de negot. gest. l. sed et si. 7. §. 1. ff. de instit. actionib.* Nec sanè uspiam fœminæ mandatum suscipere prohibentur, modo sit tale, quod personæ ipsarum conveniat, hoc est, non contineat virile aliquod officium, quo mulieres remouentur, *l. 2. ff. de reg. jur.*
- 71 *l. 1. & 2. ff. ad SC. Vellejanum.* Sed & minoribus 25. annis negocia possunt mandari, *§. iusta. §. in fin. sup. quib. ex caus. manumit. non licet. l. cum mandatu. 23. ff. de minorib.* ad eò quidem; ut, si quis minori mandaverit, ut sua negocia gereret: ex ejus persona in integrum restitui nequeat, *d. l. 23. in fin.* nisi fortassis minor sua sponte negotio illius intervenerit: ne majori hac ratione damnum accadat, *l. quod si minor. 24. in princip. ff. de minorib.* Planè ex præcedentium numero non est servus: nec is quidem, qui bona fide nobis servit: quia non libera voluntate rem sibi mandatam exequitur, sed quasi ex necessitate servili, *l. & qui natura. 19. §. 2. ff. de negot. gest.* Quod si tamen verus servus ex hujusmodi mandato suscepto fortè solvisset: actio mandati adversus mandantem datur, non quidem servo, sed domino ejus, *d. l. si verò. 12. §. 3. ff. mandati.*

§. Tua tantum gratiâ. 6.

Tua tantum gratiâ intervenit mandatum: veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloques, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloques. Cujus generis mandatum, magis consilium, quam mandatum est; & ob id non est obligatorium: quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur: cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat, consilium. Itaque si ocio-

sam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emereres, vel eam crederes: quamvis non expediat, eam tibi emis-
se, vel credidisse: non tamen tibi mandati tene-
tur. Et adeò hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an
mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecu-
niam Titio fœnerares: sed obtinuit Sabini sen-
tentia, obligatorium esse in hoc casu manda-
tum: quia non aliter Titio credidisses, quam
si tibi mandatum esset.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum solius mandatarii causa factum, magis consilium est, quam mandatum, ac proinde non obligatorium.
- 2 Nemo consilium sequi cogitur.
- 3 Consilium in quo differat à mandato.
- 4 Consilarii quatenus conveniri possint.
- 5 Declaratio si remunerandi. 6. §. §. ff. mandati.
- 6 Conciliatur d. l. 6. §. §. ff. eod. cum l. 3. §. ultim. ff. de negot. gestis.
- 7 Mandatum quomodo à consilio sit distinguendum.

Mandatum solius mandatarii causa factum, est super-
vacuum: imò hujusmodi mandatum magis consi-
lium, quam mandatum, putandum est: ac propterea nul-
la obligatio, nec mandati actio inter mandatarium &
mandantem nascitur, per principium hujus tit. & hunc §.
nostrum. *l. 2. in princip. & §. tua autem. 6. & l. si remune-
randi. 6. §. plane §. ff. mand. l. consilii 47. ff. de reg. jur. c. nul-
lus. 62. eod. tit. in 6.* Exempli gratia: Mandavit tibi quis-
quam, ut pecunias tuas ociosas vel steriles in emptiones
prædiorum potius colloques, quam fœneres: vel è contra-
rio, mandavit tibi; ut pecunias istas tuas fœneres potius,
sive sub usuris credas, quam in emptiones prædiorum col-
loques. Ex hoc mandato nulla tibi adversus mandantem
datur actio. Non consilium potius tibi dedisse, quam
mandasse intelligitur. Si itaque tu damnum ex tali man-
dato es passus: tibi hoc, non verò mandatori imputare
debes. Neque enim tenebaris mandatum illud, quod tua
tantum gratiâ factum erat, exequi, per tritam illam regu-
lam, qua dicitur, neminem cogi consilium sequi, quod ab
aliquo petiit, *cap. cum olim. 7. ubi pulchra Gloss. & commu-
niter Canonistæ. ext. de arbitris.* Multum igitur differt à
mandato consilium. Etenim qui consilium dat, non su-
am, sed alterius utilitatem spectat: ut contra, qui consili-
um accipit, suum negotium gerit. Qui verò suscipit
mandatum: non gerit suum, sed alienum negotium. Sic
qui consilium accipit, & probat: idem improbare potest.
At qui semel suscipit mandatum, id non repudiare potest
amplius, sed perficere tenetur, §. mandatum. *11. infr. hoc
tit.* Quamobrem neque obligari, neque conveniri Con-
siliarii possunt; nisi ex consilio fraudulento, actione de
dolo, *l. idemque. 10. §. si quis ea. 7. ff. mandati. d. l. consilii. 47.
ff. de reg. jur. d. c. nullus. 62. ibique Peckius num. 9. eod. in 6.*
Hackelman. illustr. question. disput. 9. thes. 17. lit. C. Sanè si
ego tibi aliquid tua gratiâ mandavero; hocq; mandatum,
sive potius consilium tanti apud te fuerit ponderis, ut aliàs
non fuisses factururus, nisi mandassem: hoc casu mandati
actio tibi mecum erit, per textum clarissimum in *d. l. si re-
munerandi. 6. §. plane §. ff. mandati.* ubi Ulpianus in hæc
verba respondit: Planè si tibi mandavero, quod tua inter-
erat: nulla erit mandati actio: nisi mea quoque interfuit:
aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, & si mea non
interfuit, tamen erit mandati actio. Qui profectò textus
citra cavillationem & divinationem manifestam, neuti-
quam eo de casu accipi poterit (ut opinantur Donellus *lib.
13. Comment. de jur. civ. cap. 10. pag. 167.* Hunnius *lib. 3.
var. resolut. jur. civ. tract. 7. parte 4. q. 2. vers. idem planè re-
spondendum, & c. Knipschildt exercitat. Acad. 10. quest. 16.
pag. 366.* alique nonnulli) quo non simpliciter mandatarii
solius causa, sed & alterius gratiâ mandatum intercessit.
Siquidem in §. 4. proxime præcedente hæc species, mando
tibi, ut Titio credas, tractatur: ideo non dubium est ul-
lum, quin in *d. §. 5.* de alia specie, qua nimirum manda-
tarii solius causa mandatum est contractum, agatur.

Quod maxime procedit, & verum est, si certo appareat, ac de eo testatus sis, quod si ego non mandassem, tu nunquam facturum esses. Verbi gratia: constitui emere fundum. Ego dissuasi emptionem, mandans, ut fœneres potius. Tu aperte profiteris, non nisi mandato meo permotum te fœnerare. Si res malè cessit, ego mandati teneor. *d.l. si remunerandi. 6. §. planè. 5. ubi Gloss. ff. mandati.* Atque ita tradunt Salicet. & Bartol. in *d.l. 2. §. tua autem. ff. eodem ibique Wesenbec. in Paratit. num. 7. Mozzius in tract. de mandato. cap. 2. de divis. mandati, circa finem. Dynus in d.c. nullus. 63. num. 2. & 3. de reg. jur. in 6. Decius in d.l. consilii. 47. ff. de reg. jur. num. 4. ibique Hippolytus à Collib. nec non Philipp. Matthæus num. 3. & Sturcius num. 25. Menoch. lib. 2. cent. 4. de arbitr. jud. quest. cas. 351. Mynsinger. hic num. 4. Bachovius num. 1 pag. 823. Hænon. diss. 17. ad Instit. controvers. 9. & Hilliger. in Donell. enucleat. lib. 13. cap. 10. ad lit. l.*

Neque dicta *l. 6. §. planè. 5. ff. mand. refragatur l. ait prator. 3. §. ultim. ff. de negot. gest.* ubi mandati actio datur etiam ei, qui sua sponte facere proposuerat. Nam in utraque lege diversa species est. Etenim in *d.l. §. ultim. ff. eod.* non gratia mandatarii duntaxat, sed gratia tantum aliena fuit mandatum: hoc utique casu rectè ab Ulpiano respondetur, mandati actionem competere: etiam si sine mandato aliena negocia mandatarius gesturus fuisset. Secus autem est, si mandatarii tantum gratia mandatum est interpositum. Tunc enim mandati actio non conceditur mandatario, si is sua sponte idem facturum fuisset, *argum. d.l. si remunerandi. 6. §. 5. ff. mandati.* Sic porro mandatum à consilio distinguendum est: ut consilium censeatur, si indefinitè fiat, & certa persona designata non sit: contra videatur mandatum, si persona certa sit expressa. Exempli gratia: Mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des, est consilium: mando tibi, ut pecuniam tuam fœnori des Titio, est mandatum: proindeque obligatorium. Quanquam ea de re quædam inter veteres Jurisconsultos fuerit pugna. Proculiani namque in utroque casu consilium esse contendebant: Sabiniani verò prædicto modo distinguebant. Et Sabinianorum sententia tandem obtinuit, ex illa ratione; quia non aliter (ut ait hic in fine Imperator) Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset: hoc est, quia certæ personæ designatio aliquam utilitatem mandantis, qui tali personæ consultum voluerit, continet, *d.l. si remunerandi. 6. §. si tibi mandavero. 4. & l. si procuratorem. 8. §. mandati. 6. ff. eod.* Quarum legum inter se dissidentium conciliationem vide apud Jacobum Cujac. lib. 17. observ. cap. 39. Adde Georgium Frantzium exercitat. jurid. 11. quest. 6. pag. 358. & seqq.

§. Illud quoque. 7.

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuriâ faciendâ mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris: non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum rei turpis, aut quod contra bonos mores est, nullius momenti est.
- 2 Damnum, quod sua quis culpa sentit, non alteri imputandum: & consideratio *l. 3. §. 2. ff. de in rem verso.*
- 3 Mandatum rei turpis, vel jure prohibita non subsistit, etiam si juramentum intervenerit.
- 4 Sententia cap. cum contingat. 28. ext. de jurejurand. & cap. 2. de pact. in 6.
- 5 Non entis nullæ sunt qualitates.
- 6 Omne juramentum, divine ordinationi contrarium, est nullum.
- 7 Enucleatio & sensus *l. 1. & auth. sacramenta puerum. C. si advers. vendit.*
- 8 Contractus ipso jure nullus, improprie contractus dicitur.
- 9 An delictum mandans pœnâ eadem, qua mandatarius, affici debeat.
- 10 Injuriarum tenetur non tantum is, qui injuriam fecit, sed & qui illam fieri mandavit.

- 11 Mandator eadē pro homicida habetur.
- 12 Damnum dare, & delictum patrare quis intelligatur.
- 13 Numquid statutum, homicidium puniens, etiam locum habeat in mandante.
- 14 Jura municipalia interpretationem recipiunt ex jure communi.
- 15 Mens statuentium verbis præfertur.
- 16 Delicta pupili, Reipubl. interest.
- 17 Quatenus rei flagitiosa nullum sit mandatum.
- 18 Verum mandans hominem vulnerari, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Cornel. de sicariis pœna teneatur.
- 19 Lex Cornelia dolum tantum recipit, non culpam.
- 20 Intellectus *l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

Mandatum, quod contra bonos mores est, non est obligatorium, auctore hic Justiniano. Utenim societas, *l. quod autem. 53. & l. nec prætermittendum. 57. ff. pro socio. ita & mandatum rei turpis aut inhonestæ nullum est, l. si remunerandi. 6. §. rei turpis. 3. l. si vero. 12. §. si adolescens. 11. & l. si mandavero. 22. §. qui adem. 6. ff. mandat.* Quare si furtum Titio mandante admiseris, & ab eo, cui furtum fecisti, conveniaris, sicque ad pœnam condemneris: actionem mandati contrariam adversus Titium mandatorem non habebis: cum nulla implendi mandati necessitas tibi incubuerit, rei que turpis mandatum suscipere non debueris: atque ita damnum, quod tua culpa sentis, non mandanti Titio, sed tibi sit imputandum, *c. damnum. 86. de reg. jur. in 6. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.* Neque obstat, quod iisdem casibus actio de in rem verso est, quibus procurator habet actionem mandati, *l. 3. §. & regulariter. 2. ff. de in rem verso.* Atqui de in rem verso actio est, etiam si quid datum sit ob rem turpem, *d.l. 3. §. nec non 6. ff. eodem.* Nam respondetur: aliud esse in homine libero, ut hic: ubi ob rem turpem actio mandati non est: aliud in his, qui sunt in potestate, ut in *d.l. 3. §. 6. in servo, qui mutuatus nummos, ut domino daret abusu ad rem turpem.* Quippe liber homo alteri non cogitur sic dare: servus pro servitii jure hoc debet, ut & libertus officium facere: de quo videatur hic Marcius. Et sanè non solum rei naturâ turpis, sed & jure atque legibus prohibita mandatum non subsistit, etiam si juramentum intervenerit, *c. non est obligatorium. 58. de reg. jur. in 6. l. juris gentium. 7. §. & generaliter. 16. ff. de pact. l. si quis inquilinos. 112. §. pen. & ult. ff. de legat. 1. l. non dubium. 5. C. de legib.*

Cui non obstat cap. cum contingat. 28. ext. de jurejur. & c. quamvis. 2. de pactis in 6. ubi pactum, jure civili prohibitum atque illicitum, si juramento fuerit confirmatum, dicitur subsistere atque servandum esse. Licet enim jure canonico hoc ita sancitum sit: contrarium tamen jure civili receptum, & rationi, & æquitati magis est consentaneum, *d.l. non dubium. 5. Cod. de legib.* Nam præterquam quod omne, quod confirmatur, alicujus valoris ac momenti esse debeat: cum non entis nullæ sint qualitates, *argum. l. si servum. 4. §. 1. ff. de actionib. empt. l. decem. 116. ff. de verbor. obligat. & ideo quod contra leges sit, cum ipso jure nullum sit, d.l. 5. Cod. de legibus.* juramento confirmari aut convalidari nequeat: hæc etiam ratio accedit, quod omne juramentum, divinæ ordinationi repugnans, nullius sit momenti, ac bona conscientia servari non possit, *argument. d.c. quamvis. 2. in fine de pactis in 6. & d.c. cum contingat. 28. in fin. de jurejurand.* Tale autem juramentum esse, quod legibus civilibus repugnat, clarescit ex cap. 13. ad Roman. vers. 2. 4. 5. Hoc itaque in puncto, non juri Pontificio, sed potius civili, standum atque inhærendum est, ut quod ad jus divinum propius accedat, & conscientia melius consulat, *d.c. Rom. 13.*

Neque refragatur *l. 1. & auth. sacramenta puerum. Cod. si adversus venditionem.* ubi aperte constituitur: contractum minoris juratum omnino servandum esse, nec citra perjurii crimen violari posse: cum tamen contractus ille, absque curatoris auctoritate & consensu initus, illegitimus fuerit, jureque improbatus. Etenim *d.l. 1. & auth. subiecta* loquuntur de contractu minoris valido, qui videlicet initus fuerit à minore, curatorem non habente; aut habente curatorem, qui consensum suum & auctoritatem interposuerit. His siquidem casibus contractus non est jure civili invalidus, sed

sed omnino subsistit: quamvis per in integrum restitutionem rescindi & infirmari queat. Ad quam in integrum restitutionem excludendam facit juramentum, hocque operatur, ut contractui aliàs licito atque legitimo minore stare cogatur; nec in integrum restitutionis beneficium implorare valeat. Quod autem d. l. 1. §. *auth. subjecta* agant de contractu, ipso jure subsistente, inde patescit, quod Fridericus Imper. in d. *auth. sacram. puber.* expressè loquitur de contr. puberum. Atqui contractus ille, qui ipso jure nullus est, non nisi abusive & improprie contractus dicitur. Deinde loquitur Imp. de contractibus non retractandis. Contractus verò: qui ipso jure nulli sunt, improprie & abusive retractandi dicuntur. Rectè ergo concluditur, quod mandatum de re turpi & illicita, adeo nullius momenti existimetur: ut ne quidem juramento obfirmatum vires recipiat. *Trentler. disput. 27. thes. 3. ad lit. F. volum. 1. ibiq. Hunnius in sua resolut. pag. 1709.* Porro de vario intellectu dictæ *Auth. sacramenta puberum.* inspiciatur quoque Justus Springerus in tractat. de pace religionis. cap. 3. pag. 36. & seq.

9 Sed an delictum mandans pœna eadem, qua mandatarius, qui mandatum executus est, affici debeat, inquirendum est? Et affici debere, constat ex l. si quis id. 7. §. ultim. ff. de jurisdic. ubi eadem pœna albi corrupti infligitur ei, qui corruptit album, & illi, qui corrumpere mandavit, item ex l. 1. §. 1. ff. de eo, per quem factum erit, &c. ubi uterque & mandans & mandatarius pœna edicti ordinaria plectitur, itemque ex §. non solum. 11. infr. de injur. & l. non solum. 11. §. si mandatu. 3. ff. d. tit. ubi injuriarum tenetur non tantum is, qui ipse fecit injuriam: sed & ille, qui ipse quidem non fecit: fieri autem istam, dolosè procuravit, sive mandavit, nec non ex l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar. ubi generaliter definitur: mandatorem cædis pro homicidâ haberi. At non haberetur pro homicida, si non eadem, qua homicida, sed diversa pœna afficeretur. Quo confert manifesta ratio: quia damnum dare & delictum perpetrare intelligitur, qui jubet dare damnum & perpetrare delictum, l. 1. §. de jecisse. 12. ff. de vi & vi arm. c. qui faci. 72. de reg. jur. in 6. l. is damnum. 164. & ibi Decius. ff. eod. tit. *Jul. Clar. lib. 5. sentent. §. homicidium. num. 12. Arumaus exercitat. justin. 15. thes. 8. Matth. Stephan. cent. 3. quest. 89. Petr. Frider. Mindan. de processib. lib. 3. de continent. caus. cap. 16. num. 13.* Idque generaliter procedere quidam autumant, etiamsi mandatarius idem sine mandato & sponte in effectum deducturus fuisset, *Gomez. in §. pœnales. 12. num. 10. infr. de actionib. Covarruv. ad Clement. si furiosus, part. 2. relect. §. 2. num. 1. vers. hac verò distinctio, &c. Clarus lib. 5. sent. §. fin. quest. 89. num. 1. Hunnius lib. 3. var. resol. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 4. vers. sed de eo quaritur, &c. Iustus Mejer. in disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 14. num. 5.* Verum eade re quid statuendum sit, explicuimus latius ad d. §. non solum. 11. num. 4. & seqq. infr. de injuriis. Eadem de re nonnulla notavit novissimè Joan. Baptista Bajard, in additionib. ad *Jul. Clar. d. §. fin. quest. 89. n. 1. & seqq.* nec non D. Besold. in delib. jur. ex lib. 17. ff. q. 3.

13 Similis quæstio est: an statutum municipale, puniens homicidium, etiam locum obtineat in mandante? Et obtinere verius est: tum quia jura municipalia interpretationem ex jure communi recipiunt, l. ut gradatim. 11. §. 1. ff. muneribus. & honorib. c. cum dilectus. 8. ibique Gloss. super verb. jure communi de consuetud. Sed jus commune non faceret differentiam inter mandantem & mandatarium, liquet ex d. l. nihil interest. 15. §. 1. ff. ad leg. Cornel. de sicar. & conc. ordantibus allegatis supra num. 11. & 12.

15 Tum quia semper advertendum est ad mentem statuentium, quæ verbis utique præfertur, *argum. l. in conditionibus. 19. ff. de conditionib. & demonstrationib.* Atqui mens & sententia statuentium fuit, delinquentes punire: cum Reipublicæ inter sit, ne delicta remaneant impunita, l. ita vulneratus. 51. §. 2. ff. ad leg. Aquil. c. ut fame. 35. ext. de sentent. excommunicat.

17 Neque resistit, quod vulgò dicitur: rei turpis aut flagitiosæ nullum esse mandatum, nec vires aliquas habere, l. quod sape. 35. §. 2. ff. de contrahend. empt. d. l. si remu-

nerand. 6. §. rei turpis. 3. ff. mandati. & similibus adductis supra n. 1. Si nullum rei turpis mandatum est, adeoque nulla obligatio: etiam mandator ejus nomine teneri nequit. Namque respondendum est: illud nequaquam ita accipiendum esse, ut mandator admissi criminis impunitatem speret, aut accusationem effugiat: sed eo pertinet, ut nullum ex isto mandato oriri possit mandati judicium. *Gomez. tom. 3. var. resolut. cap. 3. num. 39. Paul. Berens Disputat. 12. ad Institut. them. 2. quest. 4. Ioan. Vand. lib. 2. variar. quest. 95. in fine. Clar. d. §. fin. quest. 89. n. 2. cum seq. Richter. in tract. de contractib. disput. 12. sub lit. b. pag. 361. & notavimus in §. item lex Cornelia de sicar. §. num. 79. infr. de public. jud.*

Difficilior illa contentio est: utrum mandans hominem vulnerari, & protestans, prohibensque disertè, ne occidat, si eum mandatarius occiderit, ordinaria legis Corneliæ de sicariis pœna teneatur? Et (rejecta opinione illud affirmantium, *Menochii lib. 2. de arbitrar. jud. quest. cent. 4. cas. 352. num. 2. Völtzii in Commentar. ad l. Cornelia de sicar. c. 6. num. 28. ibique Burckhardi in append. n. 84. & seqq. Mejeri d. disput. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. thes. 15. num. 6. aliorumque*) negantium sententia æquitati ac veritati magis congruit. Quia in proposito themate non intervenit dolus, & per consequens nec animus occidendi: cum mandans expressè prohibuerit occidere: dolus quippe ex animo pendet. Licet enim cogitare potuerit mandans, quod mors subsequi potuerat: tamen animum occidendi non habuit, sed fuit in lata culpa: ideoque ordinaria mortis pœna non est puniendus: quia lex Cornelia requirit dolum tantum; culpam quantumvis latam non recipit, l. in lege. 7. ff. ad leg. Cornel. de sicar.

Neque obstat, quod is, qui vulnerare, jubet, mortis causam præbeat. Nihil autem interfit, quoad pœnam legis Corneliæ ordinariam, occidat quis, an præbeat causam mortis, d. l. nihil interest. 15. ff. ad leg. Corn. de sicar. Nam respondetur primò, dictam l. 15. de eo esse accipiendam, qui directè doloque malo causam mortis præbet. At qui jubet vulnerare, prohibet verò occidere, non directè causam mortis præbuit: adeo, ut potius mortem præcavere voluerit, dum occidere prohibuit. Deinde non sufficit, ut quis causam mortis præbuerit, sed requiritur etiam, ut hoc ipsum intenderit, eoque animo fuerit, ut mors sequeretur. Ast in proposito id dici non potest de eo, qui prohibuit, noluitque interfici, quem vulnerare jussit. Committitur igitur fallacia accidentis: quoniam per accidens, præter ac contra intentionem mandantis, nec ex mandato, sed contra illud, alter est occisus. Ita docent *Romulens. in tract. de homicid. part. 2. num. 293. cum seqq. Fachinaus lib. 1. controvers. jur. cap. 36. D. Rûme in exercitat. 15. ad Institut. thes. 18. ad lit. h. pag. 143. Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 5. Berens d. disputat. 12. them. 2. quest. 5. alique complures, quos citavimus in §. item lex Cornelia de sicariis. §. infr. de publicis judic. num. 80. seqq. ubi pleraque dissentientium argumenta abunde refutavimus.*

§. Is, qui exequitur. 8.

Is, qui exequitur mandatum; non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neq; in ampliorem pecuniam fidejungere: alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris: inutiliter te acturum. Sed diversa Scholæ auctores rectè usq; ad centum aureos te acturum existimant. Quæ sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utriusque mandasse intelligitur, ut minoris (si possit) emeretur.

S U M M A R I A.

1. Officium mandatarii seu procuratoris in quo consistat.

- 2 Mandatarius, fines mandati excedens, adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negotiorum gestorum.
- 3 An emptor, cui ignorantem res minoris per procuratorem vendita fuit, quod precio deest supplere, adeoque dominum; rei vindicatione agentem, repellere possit.
- 4 Sententia & intellectus l. diligenter §. 4. ff. mandati.
- 5 Nullo certo precio mandatario praescripto, si is in fraudem mandantis, minoris, quam iusto precio rem vendidit, dominium in emptorem translatum esse non censetur.
- 6 Dominus rem suam usucapere nequit.
- 7 Mens & consideratio l. si sciens. 26. in fine ff. de contrah. empt.
- 8 An in meliorem partem fines mandati excedere procurator possit.
- 9 Ecquid illi, qui maiorem summam, quam qua mandata fuerat, expendit, ad quantitatem permissam agere liceat.
- 10 Negotia & actus sunt individui.
- 11 Utile per inutile non vitiatur, quoties res ipsa divisionem recipit.
- 12 Minori, quam statuto, precio rem emens, adversus mandantem actionem habet.
- 13 Major summa minorem in se continet.
- 14 Mandatum ad unum negotium datum, irahitur quoque ad alia, sine quibus negotium demandatum expediri nequit.
- 15 Qui vult consequens, is etiam vult antecedens.
- 16 Cui mandatarius iurisdictio, eidem simul mandatum censetur imperium mixtum.
- 17 Habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem aliterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei vendita, vel locata.
- 18 Sensus l. 1. §. igitur propositio. 12. ff. de exercitor. act.
- 19 Sensus l. sed si tantum. 13. in pr. ff. de pact. & l. hoc iure. 86. ff. de solutionib.
- 20 Sensus c. Nicolao. 46. ext. de appellationib.
- 21 Procurator siue mandatarius non dolum tantum & culpam latam, sed etiam levem & levissimam prestare tenetur.
- 22 Omne qui dicit, nihil excludit.
- 23 Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.
- 24 Nihil magis congruit bonae fidei, quam pacta servari.
- 25 In dubio per culpam, cuius simpliciter facta est mentio, levis intelligitur.
- 26 Consideratio l. si procuratorem. 8. §. ult. ff. mandati.
- 27 Quidquid de genere predicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur.
- 28 Prestare bona fidei quid sit veteribus.
- 29 In contractibus, qui ad utilitatem suscipientis non spectant, dolum duntaxat & lata culpa praestatur: levis & levissima culpa non item.
- 30 Nemini suum officium damnosum esse debet.
- 31 Consideratio l. si fidejussor. 29. §. 3. ff. mandati.
- 32 Tutor de dolo, culpa levis & levis tantum tenetur.
- 33 Inter tutelam & mandatum differentia.
- 34 Mens & sententia l. in re mandata 21. C. mandati.

Officium mandatarii seu procuratoris in eo consistit: ut mandatum semel susceptum diligenter & bona fide impleat, l. si mandavero. 22. §. ult. l. si fundum 35. in fin. & l. creditor. 60. §. ult. ibi, sed quatenus res ex fide; &c. ff. mandati. ejusque formam praescriptam, & fines accuratè custodiat, hoc §. nostro l. cum mandati 12. Codic. eodem. Namque si fines excederit, non id, quod mandatum est, sed aliud facere videtur, l. diligenter. §. in princip. & l. rogatus. 33. circa finem ff. d. tit. Cujac. lib. 12. observat. on. c. 34. Gell. lib. 1. nocturnum Attic. c. 13. Andr. Gerh. decad. 15. q. 10. Alth. lib. 1. dicaol. c. 38. n. 21. p. 295. Ideoque mandatarius non modò nullum mandatori damnum aut praedictum infert: sed & adversus mandantem ratione excessus actionem non habet, ne quidem negotiorum gestorum, l. 3. §. ult. cum l. seq. l. ita ut omnes. 36. §. 2. ff. mandati, & d. l. cum mandati. 12. Cod. eodem. Bachovius hic num. 1. pag. 826. Menoch. de arbitrat. jud. quest. lib. 2. cent. 4. cas. 352. num. 3. Löring. in bibliotheca jurisconsultorum. tom. 1. in verb. actio mandati. num. 31. fol. 383. Exempli gratia: Mandavit tibi aliquis, ut rem suam certo precio venderes: tu verò minoris vendidisti, & venditione facta rem venditam emptori tradidisti. Hoc casu dominium in praedictum ipsius mandantis, in emptorem non transtulisti; d. l. cum mandati 12. C. mandati. l. si precium. 19. Cod. de procuratoribus. Igitur, non obstante traditione, rem suam vindicare mandator poterit: nec ei vindicanti exceptio rei venditae & traditae nocebit: cum non ex voluntate ipsius vendita sit: ac propterea perinde habetur, ac si vendita non esset, l. 1. §. Celsus 3. ff. de except. rei venditae. Quod licet adeo verum esse quidam existiment: ut emptor, cui etiam ignorantem res minoris per procuratorem vendita fuit, nec quod precio deest supplere, nec supplendo mandantem seu

dominum, rei vindicatione agentem, repellere possit: 4 eorum tamen sententia perspicue refellitur à Paulo in d. l. diligenter. §. §. servo quoque 4. ff. mandati. ubi ostendit, rei vindicationem non competere domino, si is per emptorem, cui res minoris vendita est, indemnitas conservetur. At quando emptor offert, quod deest precio, per mandantem praescripto mandatario, indemnitas mandator conservatur.

Nec quis contra objecerit: Paulum eo de casu loqui, quo mandatarius precium supplere, & indemnem mandantem servare voluit: nihil autem tractare de emptore: & consequenter ex ista lege minus rectè inferri, quod emptor, precium supplendo, mandantem rei vindicatione agentem summovere possit. Nam respondetur: illam legem de emptore, qui mandantem indemnem servare voluit, non verò de mandatario, necessariò accipiendam esse. Etenim in illa specie, de qua Paulus loquitur, servus domini sui mandatarius siue procurator extitit; qui domino suo indemnitas prestare nequit: utpote cum antea, quicquid servi est, ad dominum pertineat, §. item vobis acquiritur. 3. supra, per quas pers. cuique acquir. 5. Quin & eo casu, quo nullum certum precium mandatario praescriptum, sed generaliter ei mandatum fuit, ut rem venderet; & mandatarius in fraudem mandantis, minoris, quam iusto precio vendit, dominium in emptorem translatum esse neutiquam censetur, argum. d. l. creditor. 60. §. ult. ff. mandati. ubi in mandato, quantumvis generali, dolum semper excipitur. Idemque magis confirmatur ex l. qui fundum. 7. §. procurator. 4. ff. pro emptore: ubi emptor, cui res minoris vendita fuit per procuratorem, cui precium certum non fuit definitum, rem usucapit: ac proinde per traditionem rei venditae dominus non est factus: cum dominus rem suam usucapere non possit, argum. §. sic itaque. 14. infr. de action.

Non obstat l. si sciens 26. in fin. ff. de contrah. empt. ubi debitor, qui in fraudem suorum creditorum rem vendidit minoris, dominium transfert. Nam diversus omnino à nostro in ea lege habetur casus. Ibi siquidem dominus rem propriam in fraudem creditorum suorum vendidit: qua fraude nil remorante, dominium transfert. Hic verò rem non propriam vendidit procurator, sed alienam: in qua minorem, quam verus dominus, potestatem habet. Quamobrem non est mirum, si propter mandatarii, vel procuratoris fraudem, quam domino parare voluit, dominium non transferatur. Ea de re consulatur Martinus Bonacina in tract. de contractib. & restitut. disp. 1. quest. 2. part. 6. num. 13. & seq.

Regulam porro illam, quae praecipit, fines mandati diligenter custodiendos esse, siue, mandatarius fines mandati excedere non debere; ita strictè quidam interpretati sunt; ut ne in meliorem quidem partem fines excedendos esse putarent. Sed tamen benignius est, & humanius; ut dicamus: meliorem interdum mandantis causam fieri posse, deteriore nunquam, l. praterea. 3. in princip. ff. mandati. Adhuc ex eadem regula inter Sabinianos & Proculianos nata est olim controversia in eo: si cui mandatum fuerat, ut certo precio, puta centum aureis, quid emeret: ille vero mandati fines egressus pluris emerit. Sabiniani namque mandantem ex hoc mandato prorsus non teneri; Proculiani contra saltem in id eum teneri, quo usque illi mandarant, arbitrabantur. Et haec sententia Proculianorum, tanquam benignior, tandem prevaluit, d. l. 3. §. ult. & l. sed Proculus 4. ff. mandati. Sabinianorum haec erat ratio: quoniam qui fines mandati excedit, aliud quid, quam ipsi mandatum est, gerere videtur, d. l. diligenter. §. in princip. & d. l. rogatus. 33. ff. cod. Negotia enim & actus individui sunt, l. 2. §. 1. ff. de verb. obligat. Atque haec stricta est, siue mera ratio juris. Sed aequitas, seu benevola & benigna ratio, quam Proculiani sunt amplexi, haec est: tum quia negari non potest, quin qui centum aureis fundum emi mandavit, qui emitur centum viginti, id saltem voluisse videatur; ut sua causa & periculo centum in emptione collocentur, argum. hujus §. & d. l. 4. ff. mandati. Tum quia utile per inutile vitiari non debet, quoties res ipsa divisionem recipit, c. utile. 37. de reg. jur. in 6. l. sancimus. 34. Cod.

- Cod. de donationib. l. 1. §. sed si mihi. §. ff. de verb. obligat. & similib.* Breviter ergo ea in re sic distinguendum erit: Aut mandatarius rem mandatam emit certo precio; à mandatore definito: aut pluris: aut minoris. Si statuto & definito precio emit: dubium non est ullum; quin id à mandatore actione mandati sit repetiturus. Si emit pluris: repetere poterit usque ad concurrentem quantitatem à mandatore præfinitam, ut modo dictum. Sin verò minoris emit, quam mandatum est: dubium quoque non habet, quin id sit consecutus. Et ratio est: quia ex tacita voluntate, quæ dicto præferenda est; qui mandavit, ut sibi fundus pluris emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut & minoris si fieri possit, emeretur, ut hic in fine Justinianus ait: cum major summa minorem in se contineat: & natura ita comparatum sit, ut suæ utilitati quisque inserviat, d. l. 1. §. si stipulanti. 4. ff. de verb. obligationib. l. cum indebito. 25. ff. de probationib. Petrus Franciscus Linglois decis. 1. quest. 4. Knipschildt exercitat. Acad. 10. quest. 18. pag. 368: Eadem de re videantur Donellus lib. 13. Comment. de jur. civ. c. 12. ibique Hillig in suis notatis: & D. Bocer hic n. 7. & seqq. p. 469.
- 14 Quamquam autem fines ac termini mandati strictissime custodiri debeant, hoc §. nostro. d. l. diligenter. §. in princ. ff. mandati. d. l. cum mandatu. 12. Cod. eod. cum similibus: non tamen dubium est ullum, quin mandatum ad unum negotium datum, trahatur etiam ad alia, sine quibus negotium demandatum expediri nequit. Cui enim unum aliquod conceditur, eidem quoque cetera omnia concessa intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non potest, argum. l. 2. ff. de jurisdic. & qui vult consequens, is etiam vult antecedens; sine quo consequens istud esse haud potest, argum. l. ad rem mobilem. §. 6. & ibi D. ff. de procuratorib. l. illud. 7. & ibidem Bartol. ff. de acquir. vel omitt. heredit. Hinc et si imperium mixtum à jurisdictione est diversissimum: quia tamen Jurisdictio sine imperio mixto explicari & exerceri nequit: idcirco cui mandatur jurisdictio, eidem quoque mandatum censetur imperium mixtum, teste Paulo in l. fin. ff. de officio e-
- 17 jus, cui mand. est jurisdictio. Hincque habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, putatur etiam habere mandatum ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ: cum precii solutio & acceptio sit consequens venditionis & locationis, argum. l. quod servus. 3. §. vers. sed & si quis dominicam, & c. ff. de solutionib. Bartol. in l. filia. §. 9. ff. solut. matrimon. Decius consil. 330. num. 3. Benvenuto. Straccha in tract. de mercat. tit. de mandato. n. 23. hosque referens Fachin lib. 2. contrav. jur. cap. 93. Phil. Hen. disp. 7. ad Inst. contr. 13. Trëntler. disp. 27. th. 6. ad lit. ff. in fine. vol. 1. ibique Hunn. in sua resol. ad finem.
- 18 Huic decisioni non obstat l. 1. §. igitur propositio. 12. ff. de exercitor. act. (quo textu præcipue contrarium probari contendit Ludovicus Roman. singul. 23. & consil. 461.) ubi Ulpianus ait: præpositum à magistro navis ad locandam navem, non posse exigere vecturas. Nam Jurisconsultus disertè loquitur de præposito ad locandum tantum, non ad exigendum: ut patet ex verbis legis; ibi, vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, & c.
- 19 Non item resistit l. sed si tantum. 13. in princ. ff. de pactis & l. hoc jure utimur. 86. ff. de solutionib. quibus in locis dicitur, procuratorem sive mandatarium pecuniam debitam exigere non posse. Leges etenim istæ aperte agunt de procuratore, ad lites dato, cui rectè solvi non potest: quia judicati actionem non habet. Unde Paulus in d. l. 86. addit, absurdum esse, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse. Si tamen (inquit) ad hoc datus sit, ut & solvi possit: solvendo eo, liberabitur: hoc est, si procurator ad litigandum constitutus, expressum mandatum ad solutionem recipiendam habuerit: ei solvi à reo convento bene poterit.
- 20 Minimè quoque ad rhombum facit textus in c. Nicolao. 64. ext. de appellationib. ubi procurator, ad impetrandum judicem constitutus, litem instituere non potest: cum tamen illud sit præparatorium litis, ut vulgo loquuntur. Textus namque ille loquitur de rebus & negociis planè diversis ac separatis, nec se invicem consequentibus, aut

connexis. Aliud est enim, judicem impetrare: aliud verò, litem instituere: quamvis impetratio judicis vim aperiat ad litem institutionem. At in proposito casu negocia sunt connexa, & se invicem contingentia atque consequentia. Nam venditio fit certo precio convento: similiter & locatio. Itaque si mandavero tibi, ut rem meam vendas: illud etiam mandare videor, ut de precio convenias, idque meo nomine accipias, Fachin. d. quest. 39. in fine.

Porro ex isthac regula, de modo & fine mandati diligenter servando, illud quoque; quod hic est prætermissum, cognosci potest; quid nimirum in mandati judicium veniat. Et sanè non dolum tantum, & latam culpam, ut existimant Duarenus ad tit. ff. mandati. cap. 2. Mynsinger. in §. mandatum non suscipere. 11. n. 5. infr. hoc tit. Schickhard. disp. 15. ad Institut. th. 4. sub resol. quest. 1. Meyer. in disp. ad lib. 17. Pandectar. tit. 1. th. 23. n. 2. & in Commentar. de culpa in contractib. præstanda, th. 152. cum aliquot seqq. Kittershusius hic circa finem. Lbcamer. questionum juridicar. fasc. 40. quest. 3. Giphani. lib. 3. disp. 30. in corollar. & inibi Olemannus in suis not. n. 25. & seq. sed etiam levem & levissimam, id est, summam & exactissimam diligentiam in mandato præstandam esse, indicat perspicue l. à procuratore. 13. Cod. mandati. ubi Imp. Diocletian. & Maxim. rescribunt: à procuratore dolum & omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse. Quod si igitur omnem culpam procurator seu mandatarius præstare cogitur: sequitur utique, quod non solum latam, sed & levem levissimamque culpam præstare teneatur. Omne enim qui dicit, nihil excludit, arg. l. omnia. 7. ff. de rebus credit. si cert. pet. c. solita. 6. circa finem. ibi, nihil excipiens, & c. de majoritate & obedient. can. si Romanorum. 1. §. dicendo verò omnia. Distinct. 19. Deinde eo ipso, quod Imp. solum casum fortuitum à mandato non præstandum, excipiunt, satis aperte culpam levissimam includere videntur: cum unius exclusio sive exceptio sit alterius inclusio: & exceptio regulam confirmet in casibus non exceptis, arg. l. his verbis. 120. ff. de legat. 3. l. quasi. 12. §. denique Neratius. 43. ibique Bartol. ff. de instruct. & instrum. legat. l. 1. & ibidem Decius n. 21. ff. de reg. juris. Accedit textus in l. in re mandata. 21. Codic. mandati. ubi Constantinus Imper. ait: aliena negocia exacto officio geri debere, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum; culpa vacuum esse. Si itaque nihil in administratione negotiorum à mandatario neglectum, culpa vacuum est: certè nec id: quod levissima culpa neglectum, aut declinatum est, culpa vacuum erit. Idque præterea evidenti ratione confirmatur. Ideo enim procurator, sive mandatarius omnem culpam, adeoque levissimam quoque in re mandata præstare debet: quia mandatum recipiendo intelligitur polliceri ac profiteri de industria sua, quæ rei gerendæ conveniat, arg. l. idem juris. 8. §. 1. ff. ad leg. Aquil. Res siquidem, quam procurator gerendam suscipit, non geritur sine industria ac diligentia isti rei conveniente. Hoc igitur cum dixerit mandatarius, & promiserit, omnino præstare debet. Nihil enim magis congruit bonæ fidei, quam quod inter contrahentes convenit, dictumve est, præstari, l. 1. ff. de pact. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. l. si quid venditor. 18. in fine principii. ff. de adilit. edict. Denique hanc comprobant sententiam Glossar. antiqui, Joan. & Bulgar. Accurs. Cynus, Baldus, & Angel. de Perus. in d. l. à procuratore. 13. Cod. mandat. Constant. Harmenopul. lib. 6. Epitom. tit. 2. Petrus Fab. in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. hosque citans ibi D. Collega Bocer. cap. 4. n. 43. edit. 2. & in hoc §. n. 17. pag. 470. M. Ant. Delrio ibidem cap. 7. Mozzius in tract. de mandato. col. 4. de natural. mandati. n. 26. Arumæus exercit. Justin. 15. th. 10. Eman. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. M. n. 36. Trëntl. disp. 27. thes. 7. lit. c. vol. 1. Schegk. in delib. jur. disput. 19. thes. ult. Cujac. lib. 2. differ. Modest. ad l. 23. ff. de pos. Timentius Faber. disp. anniv. ad Inst. 14. th. 18. Hunn. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 7. part. 4. q. 3. Paul. Berens disp. 12. ad Instit. them. 2. quest. 2. Donell. lib. 13. Comment. de jur. civ. cap. 11. ibique Hilliger. in suis notat. ad lit. D. & E. Fichter in tract. de contract. disp. 12. th. 3. sub lit. f. p. 375. Joan. Mariencus in repet. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. n. 144. & seqq. Dn. Collega Resold. in delib. jur. ex lib. 17. ff. quest. 1. ubi & alios citat.

25 Cui non obstat *l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff. mandati. l. etiam si. 4. C. eod.* ubi dicitur, procuratorem mandati agere posse, si nihil culpa ipsius factum est; sicque in legibus istis absolute & simpliciter fit culpæ mentio. At qui tralatitium est, tunc levem culpam intelligi, *argum. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. §. praterea & is. 3. supr. quib. mod. re contrah. oblig. l. videamus. 4. §. fin. & l. in actionib. §. §. sed in his omnibus. 3. ff. de in lit. jurand.* Nam in dubio duntaxat, & nisi aliud subjecta materia suadeat, per culpam, cuius simpliciter facta est mentio, intelligimus culpam levem. At aliud postulare mandatum, adeoque mandatarium de levissima etiam culpa teneri, ex legibus *supra num. 21. & seqq.* adductis constat.

Sic quoque nihil stringit *d. l. si procuratorem. 8. §. ultim. 26. ff. mandati.* Ubi is, cui mandavi, ut hominem emeret, dicitur mihi teneri, si emere neglexerit, vel dolo pecunia corruptus, vel lata culpa, si fortè gratia ductus passus est alium emere. Ex quo colligitur: si nec dolo, nec lata culpa intervenerit, mandatarium non teneri. Nihil, *inquam*, lex ista stringit, siquidem non solum in ea affirmatur: procuratorem teneri, si quid dolo & lata culpa fecerit: sed etiam statim adjicitur, si procurator servum sive rem ex mandato receptam non restituit, eum non teneri, si ejus dolo vel culpa non interveniat. Unde intellectu facile est: eum teneri, si vel dolo intervenerit, vel culpa: quo verbo culpam etiam levem intelligi oportet, ubi dolo opponitur. Quinimò verbum culpa generale est, sub se levissimam quoque culpam comprehendens. Quicquid autem de genere prædicatur, id de singulis ejus generis speciebus enunciari dicitur, *argum. l. 1. c. quod autem. 3. ff. de aleatorib. l. fin. in pr. C. de usur. rei judicat.*

Similiter non obstat *d. l. idemque 10. in princip. ff. mandati. 28. dat.* ubi disertè scribitur, nihil amplius, quam bonam fidem, præstare eum oportere, qui procurat. Atqui præstare bonam fidem veteribus est, aut præstare, quod dictum promissumque fuerit, *d. l. 1. ff. de pact. aut extra conventionem facere pro captu & diligentia sua, quantum quis possit, & soleat: ultra autem non teneri, quamvis alius diligentior & intelligentior melius rem gesturus fuisset, l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* Non, *inquam*, ille textus obstat: quia eo maximè confirmatur: procuratorem in re mandata omnem culpam præstare debere, & non dolum tantum. Quandoquidem jam supra dictum est: quod is, qui rem gerendam suscipit, intelligatur verbo gerendi spondere & fidem dare, se adhibiturum industriam & diligentiam rei gerendæ convenientem. Nihil siquidem, *ut antè num. 24. monitum*, magis bonæ fidei convenit, quam præstare ea in contractibus bonæ fidei, quæ quis dixerit, *d. l. ex empto. 11. §. 1. ff. de actionib. empt. d. l. si quid venditor. 18. circa princip. ff. de adilit. edict.*

Non item adversatur regula juris certissima: quæ tradit, in contractibus, qui ad utilitatem susipientis non spectant, dolum tantum & latam culpam præstari, levem & levissimam culpam non item, ut in deposito, *l. si ut certo. §. §. 2. ff. commodati. d. l. quod Nerva. 32. ff. depositi.* At in hoc mandati contractu nulla utilitas mandatarii susipientis mandatum versatur. Quare dicendum videtur, mandatarium doli tantum, non etiam culpæ levis aut levissimæ nomine obligatum esse. Non adversatur, *inquam*. Quamvis enim nulla hic utilitas mandatarii versetur: nihilominus tamen is negligentia & culpæ nomine tenetur: quoniam is, qui negotium alterius gerendum suscipit, diligentiam & industriam suam profiteri ac promittere censetur: cum in negotio gerendo industria & diligentia, rei gerendæ conveniente, opus sit. At vero in deposito diversa est ratio. In eo quippe nulla industria aut diligenti opera opus est: sed sufficit, si depositarius depositum recondat atque custodiat.

30 Praterea non refragatur, quod nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxit, non sui commodi causa suscepit, damnosum esse debeat, *l. si servus. 61. §. quod verò. §. ff. de furt. l. sed si quis. 7. ff. testam. quemad. aperiant.* Sed in nostro casu mandatarius solius mandantis gratia, & non proprii commodi causa, officium in se recepit. Ergo hoc ei damnosum esse non debet. Respondetur

enim: cum mandatarius levissimæ culpæ nomine convenitur, non ipsi officium, sed negligentiam suam & culpam damnosam esse. Nam si rectè, & prout pollicitus erat, suo officio perfunctus esset: non posset ullius culpæ, aut damni, in re mandata dati, nomine conveniri. Quia verò damnum culpa & negligentia ejus datum est: æquissimum putatur, hoc non domino, sed ipsi mandatario nocere, *arg. l. quod quis. 203. ff. de reg. jur.*

Insuper non resistit *l. si fidejussor. 29. §. hoc idem tract. 31 3. ff. mand.* ubi dicitur, fidejussorem, eundemque mandatarium, qui postquam solvit creditori, non id significavit reo principali sive debitori, si debitor postea solvat, detrimentum istud sustinere debere: quia hoc factum sit dolo proximum. Etenim ex eo non rectè colligitur: si quid culpa levi vel levissima à mandatario peccatum sit, id ab eo non esse præstandum. Est enim ibi argumentum à majori: quasi dictum esset; non mirum, si hic fidejussoris damnum esse asserimus. Nam etsi culpā ab eo hic peccatum esset: teneretur tamen. Quanto igitur magis tenebitur ob hoc factum, quod est dolo proximum. *Donell. d. lib. 13. Commentar. cap. 11. pag. 171. ad finem.*

Adhæc nihil obest, quod cum tutor de dolo, culpa lata & levi tantum teneatur, *l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & pericul. tutor. l. 1. in princip. ff. de tutela, & rationib. distrabend. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel.* de eadem culpa tantum mandatarius teneri debeat. Nam, *33 que evidens inter tutelam & mandatum ratio differentia est.* Hoc quippe est liberum: illa vero voluntaria non est: cum tutor tutelæ munus suscipere cogatur, *§. sed ex his. 3. supr. de Attiliano tutore. l. 1. in princip. & l. ita autem. §. §. 1. in fin. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis. 9. ff. de munerib. & honorib. l. præses. 3. Cod. de suspectis tutorib.*

Postremò nihil nostræ decerpit sententiæ *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* ubi expressum est, quod aliena negotia exacto officio sint gerenda. A quo autem exacta diligentia requiritur, is de levi solum culpa tenetur. Cæterum qui ad exactissimam diligentiam obstrictus est, is de levissima culpa conveniri potest. Etenim respondetur: in allegata *l. 21. positivum exacto*, pro superlativo exactissimo esse positum: id quod ex sequentibus satis manifestum evadit, dum subjicit Constantinus Imper. *nil quidquam in negociorum administratione neglectum aut declinatum culpa vacuum esse: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quippiam fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, hoc præstandum sit.* Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi: ut ita textus iste *d. l. 21.* magis confirmet, quam infringat conclusionem nostram. *Humm. d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 7. part. 4. quest. 3. in fine.*

§. Rectè quoque. 9. & §. item si. 10.

Rectè quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

§. 10. Item si adhuc integro mandato, mors alterutrius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum suscepit: solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est: si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum: posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum adferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberti solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvisent, quam cui solvere debuerint.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum extinguitur revocatione mandataris: ejusque duplex ratio.
- 2 Invi suo renunciare cuilibet permittitur.
- 3 Revocatio ista ut valeat, re adhuc integra fieri debet.
- 4 Mutare consilium cum alterius detrimento non licet.
- 5 Inscelatus l. fundi venditor. 33. ff. de acquir. vel amitt. possess.

- 6 Mandatum solvitur morte mandantis & mandatarii, re adhuc integra.
- 7 Ut in societate; ita & mandato, certi hominis fides eligitur.
- 8 Voluntas cujusque morte extinguitur.
- 9 Quibus casibus mandatum morte mandantis non perimatur.
- 10 Explicatio l. & si quis. 14. §. 2. ff. de religiof. & sumpt. funer.
- 11 Et si mandatum morte tollitur: obligatio tamen & actio mandati perpetuo durat.
- 12 Si mandatarius mortem mandatoris ignorans, mandatum impleverit; mandati actionem habet.
- 13 Iusta & probabilis facti ignorantia veniam meretur.
- 14 Servus dispensator quis dicatur.

- 1 **D**uo mandati dissolvendi hic exponuntur modi. Primus est, revocatio mandatoris. Is enim pœnitentia ductus mandatum revocare potest. Hujusque ratio in promptu est: tum quia mandatum, quod consensu mandantis constat, ejusdem voluntate contraria merito solvitur, *argum. l. si verò. 12. §. si mandavero. 16. ff. mandati. l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur.* Tum quia mandatum plerumque fit causa mandantis: proindeque mirum non est, si id revocare, quodcumque voluerit, possit. Explorati namque juris est: unumquemque iis, quæ pro se introducta sunt, renunciare posse, *l. si judex. 41. vers. quia unicuique. ff. de minorib. 25. annis l. penult. Cod. de pactis.* Hæc autem revocatio tum demum iusta est, si re integra fiat, id est, antequam mandatarius, vel plane executus sit, vel exequi mandatum cœperit, vel sumptus aliquos ejus rei nomine impenderit. His etenim casibus ita contraria mandati actio est acquisita mandatario, ut eam nulla mandatoris revocatio auferre queat, *hoc §. no- strol. si mandassem. 15. ff. mandati.* Eoque facit regula juris, quod mutare consilium cum alterius injuriâ & detrimento non liceat, *l. nemo potest. 75. ff. de reg. jur.* Quare si res jam cœpta, & aliqua ex parte confecta est: revocatio mandatum non extinguit. Idque non solum contemplatione procuratoris sive mandatarii, sed & respectu aliqujus tertii locum habere, ostendit *l. Papinianus. 14. ff. de Publiciana in rem act.* ubi revocatio mandati post venditionem, per procuratorem factam, interposita non impedit, quo minus procurator, invito etiam domino, qui revocavit mandatum, rem tradere emptori possit.
- 5 Neque refragatur *l. fundi venditor. 35. ff. de acquir. vel amitt. possess.* ubi mandatoris heredes possunt procuratori denunciare, & prohibere, ne rem venditam tradat. Nam in hac *l. 33.* integra adhuc res fuit respectu procuratoris, qui rem, quam tradere volebat, non ipse vendiderat: sed mandator contractum venditionis perfecerat. Ast in *d. l. 14. ff. de Public. in rem act.* à procuratore res fuit distracta: adeoque ipsius intuitu res amplius integra non fuit.
- 6 Alter finiendi mandati modus est, mors. Si enim alterutrius, vel mandantis, vel mandatarii mors, similiter tamen re adhuc integra, intervenerit: mandatum evanescit, §. item si. 10. hoc tit. *l. inter causas. 26. & l. seq. §. morte. 3. l. mandatum. 57. cum l. seq. ff. mandati & l. mandatum. 15. Cod. eod.* *Gürtl. Württemberg. erneuert Landrecht. part. 2. tit. 4. von Befehl und Gewalt haben/ 2c.*
- 7 *§. ult. fol. 249.* Ratio, cur mandatarii morte, mandatum solvatur, est perspicua: quia ut in societate, §. solvitur. §. supr. tit. proximo; ita & in mandato certa persona, sive certi hominis fides atque industria eligitur, *auctore Papiniano in d. l. mandatum. 57. ff. mandati.* Cur verò mandatoris morte expiret mandatum, ratio hæc est: quia voluntas cujusque morte extinguitur, & homo mortuus velle definit, *l. locatio. 4. ff. locati. c. si gratiosè. 5. ext. de rescript. lib. 6.* Enimverò excipiuntur nonnulli casus, quibus ne morte quidem mandatoris mandatum tollitur: veluti si quid mandatum sit in rem ipsius mandatarii, *l. 1. C. de oblig. & actionib. l. illam subtilem. 33. C. de donation. & utrobique Gothofred.* vel si quis mandaverit, ut post mortem suam sibi monumentum fieret: vel ut heredibus suis, se mortuo, res aliqua emeretur. His, & similibus casibus mandati obligatio etiam post cineres mandantis Jurat, adversus mandatarium: isque, non impleto mandato, heredibus ad id, quod interest renetur: ut vicissim heredes eidem contraria mandati obligatione adstricti sunt, *d. l. si verò. 12. §. fin. & l. seq. ff. mandati.* *Petrus de Bella Pertica in*

suis questionib. & decisionib. aureis sive singularib. quest. 48. & 285. Mynsinger. hic num. 5. Heigius num. 16. cum seq. Ritterhus. ad finem. D. Besold. in delib. jur. §1. lib. 17. ff. quest. 6. Bronchorst. cent. 2. in artio pavov. assert. 46. edit. 2. & Mozzius in tract. de mandato. colum. ultim. quomodo annulletur mandatum. num. 21. ubi complures limitationes sive exceptiones enumerat.

Non obstat *l. & si quis. 14. §. si cui funeris. 2. ff. de relig. 10 & sumptib. funer.* ex qua colligitur, morte defuncti, qui post mortem suam aliquid fieri mandaverat, mandatum extinctum esse. Siquidem actio doli, quæ in facti specie illius legis datur heredibus, arguit: non competere iis actionem mandati. Non obstat, *inquam.* Etenim non mandatum ibi ab initio contractum, sed contractus innominatus celebratus fuit, ut ex illis textus verbis evincitur: *accepta pecunia, funus non duxerit.* Quæ verba clarè indicant, aliqui pecuniam datam esse, ut funeris curam haberet. Atqui verò mandatum respuere mercedem notum est, *ex l. 1. §. fin. ff. mandati. & §. ultim. infr. hoc tit.* Ex mercede ergo, quæ in *d. l. 14. §. 2. ff. de religiof. & c.* fuit constituta, apparet: mandati contractum ibidem non fuisse initum: ac proinde meritò Jurisconsultum respondisse; actionem de dolo heredibus largiendam esse. *Vide tamen aliter sentientes Donellum lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 23. pag. 347. ibique Hilligerum in suis notat. lit. C. Julium Pacium cent. 4. in artio pavov. quest. 85. cum seq. Hunnium in resolut. ad Treutler. disp. 27. th. 6. lit. C. vol. 1. pag. 1723. & Bachovium hic n. 2. pag. 828.*

Interim illud non ignorandum est: mandatum quidem morte mandatoris finiri, sed obligationem & actionem mandati perpetuo durare, *d. l. inter causas. 26. in princ. & l. si, precedente. §. 8. in princip. ff. mandati.* Quod idem & in societate est: ut ipsa societas morte solvatur: actio verò pro socio sit perpetua. Est quippe hoc actionum & obligationum proprium: ut sui natura perpetuæ sint, *de quo infra sub tit. de perpet. & temporal. actionib.* Hinc rectè hoc loco Imperator in §. 10. *vers. sed utilitatis, & c.* addit: mandatarium, mortuo mandatore, per ignorantiam mandatum exequentem habere actionem mandati, adversus heredes mandatoris, non quidem stricto jure, sed utilitatis causa: ne iusta & probabilis ignorantia mandatario damnum adferat. Quod autem hic de morte dicitur; idem & in revocatione obtinet; puta ut mandatarius revocationem ignorans, si mandatum exequatur, nihilominus actionem habeat, *l. si mandassem. 15. ff. mandati. l. si servus. 32. ff. de solutionibus.* Sanè si strictam juris rationem spectes: actio mandatario non dabitur: cum mandatum intercederit, adeoque sine mandato rem ipse executus fuerit. Sed iusta & probabilis facti ignorantia promeretur veniam, excusatque mandatarium: hoc est, utilitas sive æquitas efficit, ut ei actio præbeatur. Est enim hoc negotium bonæ fidei, cui non congruit de apicibus juris disputare, id est, callidè & strictè agere, *l. si fidejussor. 29. §. quadam. 4. ff. mandati.* Et hanc decisionem Justinianus quodam simili hic in fine declarat: Quemadmodum solutio, ab ignorante mandatum extinctum, servo dispensatori (id est, servo œconomo, cui rerum domini administratio concessa est) jam manumisso facta, ex æquitate & benignitate, licet non summo & stricto jure, sustinetur: ita & mandati actio ignorant, mandatum extinctum esse, indulgetur. Caterum quod hic statuitur de eo, qui servo dispensatori se solvere putans, jam manumisso, id est, liberto solvit: idem generaliter de omnibus, qui ignorantes, mandatum esse revocatum, solvunt, dicendum est, *l. si quis servo. 18. ff. de solutionibus.*

§. Mandatum 11. & §. 12.

Mandatum non suscipere, cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primùm renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium, eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renunciatur, ut integra causa mandatori reserveretur eandem rem explicandi: nihilominus mandati actio locum habet: nisi iusta causa intercesserit,

rit, aut non renunciandi, aut intempestivè renun-
ciandi.

§. 12. Mandatum & in diem differri, & sub
conditione fieri potest.

S U M M A R I A.

- 1 Renunciatio ipsius mandatarii tempestivè mandatum fi-
nitur.
- 2 Nemo potest mutare consilium suum in alterius damnum.
- 3 Contrahentium eadem debet esse conditio.
- 4 Mandatum & in diem, & sub conditione fieri potest.

- 1 DICTUM EST DE PŒNITENTIA SIVE REVOCATIONE MANDATORIS:
nunc contra agitur de pœnitentia seu renunciatio-
ne mandatarii. De ea autem tria hic adferuntur. I. Man-
datum renunciandum esse, re adhuc integra: hoc est, ut
mandator commodè, vel per se, vel per alium, rem ean-
dem explicare adhuc possit, *l. si mandav. 22. §. ult. ff. mand.*
II. Intempestivam renunciationem mandatario non prod-
esse: sed propter eam ad id, quod interest mandatoris, il-
lum teneri: nisi iusta intempestivè renunciandi intercedat
causa; puta adversæ valetudinis, religionis, exilii, capita-
lium inimicitiarum, captivitatis, &c. *l. sanè. 23. cum duabus
ll. seqq. l. si quis. 27. §. qui mandatum. 2. ff. eod. l. post litem.
17. cum 8. ll. seqq. ff. de procuratorib. Arnoldus Vinnius lib. 2.*
2 *Iurisprud. contracta. cap. 18. pag. 53.* Cur autem manda-
tario tempestiva renunciatio profit, intempestiva non
item, nisi iusta subsit causa, ratio facilis est: quia nemo
potest mutare consilium suum in alterius damnum & præ-
judicium, *l. nemo. 75. ff. de reg. jur.* Sed & ideo rece-
ptum videtur, ut mandatum renunciatione mandatarii
tempestiva solvatur: tum quia factum mandato fe-
re continetur; ad cuius præstationem invitum compelli,
minùs civile & humanum visum est, *arg. l. si quis 13. §. fin.*
3 *ff. de re jud. l. stipulationes. 72. ff. de verb. obligat.* III. Tum
quia contrahentium eadem debet esse conditio, *arg. l. 3. ff.
mandati. & l. si dolo. 5. C. de rescind. vendit.* Mandatori au-
tem concessum est semper pœnitere, re integra: cum ejus
causa plerunque contrahi soleat, *ut monitum supra ad prin-
cipium hujus tit. num. 3.* proindeque mirum non est, si
idem mandatario permissum dicatur. Tum deniq; quia
mandatum officii causam habet: quod invito ut non ob-
trudatur. *l. 1. §. fin. ff. mandati. l. invita. 69. ff. de reg. jur.* ita
nec extorquetur facilè reluctanti. *l. in commodato 17. §.
sicut. 3. ff. commodati. l. sicut. 5. C. de oblig. & act. Timæus Fa-
ber. disp. 24. ad Instit. Imperial. th. 19.* Porro subjicit Im-
perator: mandatum & in diem, & sub conditione fieri
posse, §. mandatum. 12. hoc tit. l. 1. §. penult. ff. mandati. l. 3.
§. 4. ff. de procuratorib. in diem: veluti, mandotibi, ut Ca-
lendis April. mihi equum emas: sub conditione; velut,
mando tibi, ut emas, si ad nundinas Francofurtenses pro-
ficiscaris, &c. Neque id immeritò. Est enim omnium
ferè contractuum commune; ut iis dies, atque conditio
adjici possit, §. omnis. 2. supr. de verbor. obligat. §. emptio. 4.
supr. de empt. & vendit. l. obligationum. 44. ff. de obligationi-
bus & actionibus.

§. In summa. 13. & ultimus.

In summa sciendum est: mandatum, nisi
gratuitum, in aliam formam negotii cadere.
Nam mercede constituta, incipit locatio & con-
ductio esse. Et (ut generaliter dicamus) qui-
bus casibus sine mercede suscepto officio, man-
dati sive depositi contrahitur negotium: iis ca-
sibus, interveniente mercede, locatio & condu-
ctio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni
polienda curandave quis dederit vestimenta,
aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede consti-
tuta, neq; promissa: mandati competit actio.

S U M M A R I A.

- 1 Mandatum debet esse gratuitum: huiusque ratio.
- 2 Si merces accedat mandato; locatio erit, non mandatum.

- 3 Mens & intellectus l. si remunerandi. 6. in princip. & l. seq. man-
dati n. 4.
- 4 Salarium an & quatenus peti non possit.
- 5 Directa mandati actio competit mandatori.
- 6 Contraria mandati actio datur procuratori.

Mandatum gratuitum esse debet, hoc §. nostro. l. 1. §. 1.
Multum. ff. mandati. l. si contra. 20. in fine. Cod. eod.
l. si tibi rem. 13. in pr. & l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript.
verbis. l. 1. §. est autem. 17. ibi aut si gratuit. ff. de exercitor.
actione. Ejusque ratio est: quia pendet ex amicitia &
humanitatis officio: siquidem nemo facile alii, nisi amico,
mandat, *d. l. 1. §. ult. ff. mandati.* Quare si mandato acce-
dat merces: non erit mandatum: sed erit vel locatio, hoc
§. & d. l. 1. §. ult. ff. mandati. vel negotium simile, ut est con-
tractus innominatus, si non vera intervenerit merces, sed
aliquid mercedis loco, *d. l. si tibi polienda. 22. ff. de præscript.
verb. §. 1. supr. de locat. & conduct. & notant hic Vultejus &
Giphanius.*

Nec adversatur *l. si remunerandi. 6. in princ. cum l. seq. 3
ff. mandati.* ubi licet procuratori salarium fuerit constitu-
tum: nihilominus tamen mandatum esse dicitur. Nam
in istis legibus salarium non ex contractus necessitate, sed
mandato jam suscepto, honoris & remunerationis causa,
constituitur. At Justinianus hic, & Paulus in *d. l. 1. §. ult.
ff. eod.* loquuntur de mercede vel pecunia, quæ ad hoc pro-
curatori datur, ut mandatum suscipiat: quæ merces à sa-
lario sive honorario differt. Datur siquidem salarium
procuratori, non ut suscipiat mandatum: sed ut pro man-
dato jam suscepto remunerationem habeat. Vide Anto-
nium Fabr. in Cod. Fabr. hoc tit. definit. 6. Caterum Do-
minum Collegam Bocerum hoc tit. n. 18. pag. 460. errone-
am fovere sententiam, nullus equidem dubito. Putat
namque, etiam in ipso mandati contractu, honorarium pe-
ti posse. At jam supra ostensum est num. 2. si mandato
accedat merces, mandatum amplius non esse, sed vel in
locationem, vel in contractum innominatum transire. Qui
ergo in ipso mandato, cuius substantiale requisitum est, ut
sit gratuitum, honorarium promitti posset? Nec alium,
præter prædictum, intellectum admittit *d. l. si remuneran-
di. 6. & l. qui mutuum. 56. §. salarium. 3. ff. mandati.* quic-
quid Bocerius autumet. Salarium porrò incertum si fuerit; 4
peti non poterit: si certum, velut 30. aureorum, peti pote-
rit extra ordinem coram magistratu, hoc est, non mandati
actione, sed libello supplici, *l. salarium. 7. d. l. qui
mutuum. 56. §. salarium. 3. ff. mandati. l. 1. & l.
salarium. 17. C. eodem.* Cum quo non pugnat *d.
l. si remunerandi. 6. in princip. ff. mandati.* ex qua colligi pos-
se videtur, honorem sive salarium non extraordinariâ per-
secutione, sed mandati iudicio exigi debere. Etenim illa
legis verba (*si remunerandi gratia honor intervenierit, erit
mandati actio*) non ita accipienda sunt, quasi mandati actio
salarii nomine competat: sed quod mandati actio locum
habeat de aliis omnibus rebus, quæ mandati iudicio petun-
tur, etiam si remunerandi gratia honorarium promissum
datumve fuerit, *ut ibidem innuit Accursius, eumque lau-
dans Dn. Bocerius in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de
reg. jur. cap. 4. num. 39. edit. 2. & in hoc tit. num. 26. cum seqq.
pag. 461.* Quod autem hic illorum verborum sit sensus,
apparet manifestè ex §. 1. immediate sequente. Ubi ait Ul-
pianus: *si cui fuerit mandatum, ut negocia administraret:
hac actione erit conveniendus:* per hanc actionem intelli-
gens directam: quoniam mandati actio directa competit
mandatori, non autem contraria, *l. si verò. 12. §. contrario.
7. ff. mandati.* Ergo cum dicit Jurisconsultus, salario in-
terveniente mandati actionem esse, significat, mandati
actionem directam esse. Directa autem mandati actio de
salarium non competit, sed de cæteris rebus: quoniam sa-
larium debetur procuratori, cui contraria mandati actio
datur, *d. l. si verò. 12. §. contrario. 7. & §. si mihi. 9. ff. d. tit.*
Idque fufius explicat D. Hunnius lib. 3. var. resolut. juris
civil. tractat. 7. part. 4. q. 6. & in resolut. ad volum. 1. Trentl.
disput. 9. th. 13. quæst. 69. Adde Philippum Knipschildt
exercitat. Acad. 10. quæst. 15. pag. 365. & Locamerum
questionum juridicar. fascic. 40.
quæstion. 4.

De Obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur. Tom. III.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TIT. XXVIII.

Principium Tituli.

Post genera contractuum enumerata, dispi-
ciamus etiam de iis obligationibus, quæ qui-
dem non proprie nasci ex contractu intelligun-
tur: sed tamen quia non ex maleficio substan-
tiam capiunt, quasi ex contractu nasci viden-
tur.

SUMMARIA.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Quasi contractus quid sit.
- 3 Quodnam commodum quasi contractus genus.
- 4 Quomodo quasi contractus distinguatur à vero contractu.
- 5 Quinque species quasi contractus hic explicantur.
- 6 Quædam alia negotia quasi contractibus annumerantur.
- 7 Quasi contractus in statutis seu legibus municipalibus sub con-
tractibus comprehenduntur.
- 8 Argumentum à contractibus ad quasi contractus quando proce-
dat, remissivè.

1 **S**atis abundeque de obligationibus, ex contractibus
veris descendentes, hactenus dictum est: ordo jam
postulat, ut & obligationes, quæ ex quasi contractu nascun-
tur, explicantur. Ait enim hic Imperator, *post genera
contractuum*: quo verbo in potentiori significatu intelli-
git veros contractus: & est hoc verbum *quasi* nota cujus-
dam improprietatis, monente hic *Bachovio*, p. 831. Quasi
autem contractus non insulse definiri poterit negotium
quoddam, quo quis alii sine tractatu sive conventione
obligatur. Dicitur, *negotium*, Quia singulæ species qua-
si contractus, in §§. *subsequentibus* subjecta evidenter ar-
guunt, negotium esse commodum quasi contractus genus.
*D. Collega Boc. in Commentar. ad l. contractus. 23. ff. de
reg. jur. c. 1. n. 77. edit. 2. & class. 3. disp. 1. thes. 1. edit. 2.
item in hoc princip. n. 6. seq. pag. 480.* Tamenli Donellus
genus quasi contractuum factum ponat, l. 15. *Commen-
tar. de jur. civ. c. 14. p. 417.* Additur, quoddam: ad dif-
ferentiam veri contractus, qui similiter est negotium,
l. si in area. 33. ff. de condit. indeb. At negotium in quasi
contractu non est idem cum negotio veri contractus: cum
hoc conventionem & consensum utriusque partis requi-
rat. l. 1. §. *convention. verb. 3. ff. de pact.* Sic quoque lega-
tum definitur: Justiniano *donatio quedam*, ad differen-
tiam veræ donationis, §. 1. *supr. de legatis.* Dicitur, *sine
tractatu sive conventione.* Quibus verbis itidem quasi
contractus distinguitur à vero contractu: quod is tracta-
tu interposito, & utriusque voluntate, conventionem &
consensu interveniente fiat, obligationemque producat,
l. nam, cum tract. 32. ff. pro soc. l. in omnibus rebus. 55. ff.
de obligat. & act. & dictum supr. in §. 2. de obligation. n. 6.
in quasi vero contractu non utriusque, sed unius tantum
voluntas & consensus interveniat, ut ex subjectis hic exem-
plis seu speciebus patebit. Quinque autem hoc titulo ex-
empla sive species quasi contractuum enumerantur. 1. *negociorum gestio.* 2. *tutelæ administratio.* 3. *commu-
nio rerum.* 4. *aditio hæreditatis.* 5. *indebiti solutio.*
Eadem species referuntur à Cajo Jureconsulto in l. si
6 *quis absentis. 5. ff. de obligat. & action.* Quamvis & alia
quædam negotia quasi contractibus annumeranda esse vi-
deantur: ut sunt, confusio sive obscuratio finium agro-
rum, absque culpa confinis facta, l. si irruptione. 8. §. 1.
tot. tit. ff. fin. regundor. litis contestatio sive iudicium ac-
ceptum. l. licet 3. §. *idem scribit. 11. ff. de pecul. contra-
ctus quasi pignoris, l. Julian. 13. §. offerri. 8. ff. de actionib.
l. creditoris. 15. §. fin. ff. de furt. quasi contractus ex au-
toritate jurisjurandi, l. 2. ff. de jurejurand. Rittershusius
& Marcilius hic in fin. possessio rei exhibendæ, argum.
l. 3. §. est autem personalis. l. Julianus. 9. §. ult. ff. ad ex-
hibend. l. pen. ibi, incerti agere, id est, ad exhibendum ff. de
positi. emptio prædii, quod quisquam alius, vel ratione
territorii, vel ob communem censum, ex loci statuto vel*

consuetudine retrahere potest: & similia, de quibus latè
differtat *D. Bocerus d. class. 3. disput. 1. thes. 3. & seqq.*
Illud porro hic breviter monendum: quod ubicunque
de contractibus in statutis seu legibus municipalibus ali-
quid disponitur, idem in quasi contractibus, si modo ea-
dem ratio vigeat utrobique, valere ac procedere debeat,
argum. l. si donationis. 7. C. de his, quæ vi metusve causa
gesta sunt. l. 2. §. omnes. 4. & l. interdum. 36. §. ult. ff. de
judic. & fusius declarat *Tiraquell. in tract. de legib. connu-
bialib. gloss. 5. num. 127. & seqq. Heigius in §. sequens. 2.
num. 5. cum seq. sup. de obligationib. & hic num. 5. & seq.*
Caterum quomodo & quando argumentum à contracti-
bus ad quasi contractus procedat, pulchrè docet Nico-
laus Everhardus in *Topic. legal. in loco, à contractib. ad
quasi contractus.*

§. Igitur. 1.

Igitur cum quis negotia absentis gesserit:
ultrò citroque inter eos nascuntur actiones,
quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed
domino quidem rei gestæ adversus eum, qui
gessit, directa competit actio, negotiorum au-
tem gestori contraria. Quas ex nullo contra-
ctu propriè nasci, manifestum est: quippe ita
nascuntur istæ actiones, si sine mandato quis-
que alienis negotiis gerendis se obtulerit. Ex
qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint,
etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis
causa receptum est: ne absentium, qui subita
festinatione coacti, nulli demandata negotio-
rum suorum administratione, peregrè profe-
cti essent, desererentur negotia: quæ sanè ne-
mo curaturus esset, si de eo, quod quis im-
pendisset, nullam habiturus esset actionem. ic-
ut autem is, qui utiliter gessit negotia, domi-
num habet obligatum negotiorum gestorum:
ita & contra iste quoque tenetur, ut administra-
tionis reddat rationem. Quo casu ad exactis-
simam quisque diligentiam compellitur redde-
re rationem: nec sufficit talem diligentiam ad-
hibere, qualem suis rebus adhibere solet: si mo-
do alius diligentior eo commodius administra-
turus esset negotia.

SUMMARIA.

- 1 Quasi contractus negotiorum gestorum ultrò citroque obligato-
rius.
- 2 Verus contractus quomodo fiat.
- 3 Quasi contractus aliquando per abusionem simpliciter contra-
ctus dicitur.
- 4 Negotiorum gestio definitur, & explicatur.
- 5 Res hereditaria ante aditionem cuius sint.
- 6 Quatenus hereditas defuncti personam representet, & cum mor-
tis tempore continuetur.
- 7 Negotiorum gestorum actio ex vera & naturali gestione indu-
citur.
- 8 An negotiorum gestorum actio competat, si quis præsentis ne-
gotia gesserit.
- 9 Ius aptari debet potius ad ea, quæ frequenter, quam quæ rarè
eveniunt.
- 10 Differentia negotiorum gestionis & mandati specifica.
- 11 Mens & sententia l. at quin. 19. §. 2. ff. de negot. gest.
- 12 Explanatio l. si negotium. 16. C. eodem.
- 13 Negotia utiliter ab initio gesta esse sufficit, tametsi infelicem ha-
buerint eventum.
- 14 Culpa est, immiscere se rei, ad se non pertinenti. Vbi & Bocer-
iana negotiorum gestorum definitio reprehenditur.
- 15 Negotia aliena quomodo gerantur sine mandato domini.
- 16 Executor sententia, necessitate urgente alterius negotia gerit.
- 17 Antonius Faber redarguitur.
- 18 Intellectus genuinus l. si pignora. 50. ff. de evictionibus.
- 19 Necessitate urgente, alterius negotium gerit curator, tutor
procurator.
- 20 Necessitatis suspitione quis alterius negotia gerere dicatur.

- 21 Interpretatio l. is, qui commodatum. 13. §. 2. ff. commodati.
- 22 Qua negotia voluntarie gerantur: & quibus modis.
- 23 Quos sumptus, in liberos erogatos, parentes repetere queant.
- 24 Debiti soluti nulla repetitio est.
- 25 Vitricus est voluntarius negotiorum gestor, si repetendi animo sumptus faciat in rebus privignorum.
- 26 An vitricus alimenta repetere aut deducere possit, si privignus in servitio vitrici fuerit.
- 27 Nemo suis sumptibus alteri inservire tenetur.
- 28 Voluntarius negotiorum gestor est filius, vel quisvis alius qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit.
- 29 Sensus l. si filius. 12. C. de negot. gest.
- 30 Qua sit correlativorum natura.
- 31 Pater & filius sunt correlata.
- 32 Argumentum à correlativis quando procedat.
- 33 Liberi an & quatenus parentes alere teneantur.
- 34 Lege natura parentes liberis suis thesaurizant.
- 35 Alimenta pietatis intuitu erogata, repeti nequeunt.
- 36 Voluntarius negotiorum gestor est maritus, & frater, itemque ille, qui sumptus probabiles in re seu lite communi facit.
- 37 Explicatio l. heredes. 25. §. si unus. 15. ff. famil. ercise. l. filia. 18. Cod. eod. & similia.
- 38 Voluntarius negotiorum gestor est pater aut mater, qua ignorante filia à sponso eius res donatas suscipit.
- 39 Sensus natus l. die sponsaliorum. 25. ff. depositi.
- 40 Actio negotiorum gestorum directa cui datur, adversus quem, & ad quid.
- 41 De quanam culpa negotiorum gestor tenetur ad exactissimam diligentiam, adeoque culpam levissimam.
- 42 Quicunque sua sponte sese alicui negotio offert, is in plus tenetur, quam aliàs natura contractus patitur.
- 43 Mandatarius omnem culpam praestat.
- 44 Consideratio l. si mater. 24. Cod. de usur.
- 45 Lege non distinguente, nec nos distinguere debemus.
- 46 Consideratio l. si negotia. 11. ff. de negot. gest.
- 47 De genere quicquid predicatur, id etiam de singulis speciebus predicari intelligitur.
- 48 Quatenus appellatione culpa veniat duntaxat levis.
- 49 Consideratio l. in re mandata. 21. Cod. mandati.
- 50 Explicatur l. tutori. 20. Cod. de negot. gest.
- 51 Vnius inclusio non est alterius exclusio in Constitutionibus Codicis.
- 52 Explicatur l. fidejussor. 32. ff. de negot. gest.
- 53 Explicatur l. si pupilli. 6. §. ult. ff. d. tit.
- 54 Commodatarius de culpa levissima convenitur.
- 55 Quatenus levissima culpa non praestetur, si contractus ad solius creditoris commodum pertineat.
- 56 Absentium negotia non negligenda.
- 57 A tutore ad negotiorum gestorem non procedit argumentum.
- 58 Officium suum nemini debet esse damnosum.
- 59 Damnum sentire non intelligitur, quod quis sua culpa sentit.
- 60 Negotiorum gestor interdum solummodo dolum praestat.
- 61 De casu fortuito nemo conveniri potest: ejusque ratio.
- 62 Quibus casibus etiam de casu fortuito negotiorum gestor tenetur.
- 63 Conventio dat legem contractui.
- 64 Negotiorum gestorum actio directa quando competat.
- 65 Ista actio locum non habet, si quis gesserit negotium, quod alienum putavit, cum esset suum: ejusque ratio.
- 66 Satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur.
- 67 Interpretatio & sententia l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de negot. gest. & l. in commodato. 17. §. 3. ff. commodati & similia.
- 68 Quando negotiorum gestor maximas usuras praestare teneatur.
- 69 Consideratio l. idemque 10. §. 3. ff. mandati.
- 70 An correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negotiorum gestorum actio.
- 71 Correo tenetur suo nomine totum debitum solvere, etiamsi obligatio correi non subsistat.
- 72 Negotiorum gestorum actio ei non datur, cuius pecunia ad suum credisorem pervenit, licet alienum voluerit gerere negotium.
- 73 Obiectio diluitur.
- 74 Cur unus ex correis cogatur commune debitum totum solvere.
- 75 Expositio l. ex facto. 30. ff. de negot. gest.
- 76 Quare correi negotiorum gestorum actione invicem experiri nequeant.
- 77 Intellectus l. actio 47. in princip. ff. de negot. gest.
- 78 Contraria negotiorum gestorum actio cui datur, contra quem, & ad quid.
- 79 Qua sit huius actionis contraria ratio.
- 80 Anne si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negotiorum gestorum competat.
- 81 Quibus casibus, licet quis negotium utiliter gesserit, non tamen ei obligetur ille, cuius negotium est gestum.

83 Si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter vero non prohibuit: utrum is, qui non prohibuit, actione negotiorum gestorum de impensis conveniri possit.

Prima obligationis ex quasi contractu species est, negotiorum gestio. Nam si absentis negotia sine mandato gesta sunt: oritur quidem ultro citroque obligatio, l. 2. ff. de negot. gest. l. si quis absentis. §. ff. de obligat. & actionib. & hoc §. nostro. sed ea neque ex contractu est, neque ex delicto, vel quasi delicto. Ex contractu non est: quia nulla conventio, aut potius nullus tractatus inter partes intervenit. Atqui verus contractus non nisi conventionione contrahentium praecedente, & tractatu habito, fieri solet. l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. in omnibus rebus. §. ff. de obligat. & actionib. Non ex delicto, vel quasi, hanc obligationem venire, per se manifestum est: cum nullum peccatum, nullumque delictum intercesserit. Quare relinquitur, negotiorum gestionem esse ex quasi contractu, ex negotio, siue quod quasi ad contractum, accedit, nempe ad mandatum: adeoque propriè non contractum, sed quasi contractum dici debere: quamvis aliquando per abusionem & impropriè contractus simpliciter dicatur, l. sed cum aliquis. 16. ff. de negot. gest. l. contractus. 23. ff. de regul. jur.

Est igitur negotiorum gestio quasi contractus, quo quis alterius absentis & ignorantis negotia sine mandato utiliter gerit. Ita quoque fermè definitur à Christophoro Philippo Richter. in tract. de contract. disput. 13. thes. 2. pag. 379. Dico, alterius. Quod verbum ad negotia quoque hereditatis jacentis accommodandum esse, recte quidam existimant, per textum expressum in l. aut prator. 3. §. hac verba. 6. ff. de negociis gest. ubi Ulpianus in hanc sententiam disertè respondit: Hac verba: siue quis negotia, qua cujusque cum is moritur, fuerint, gesserit, significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit, de quo fuit necessarium edicere: quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis, qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus, & foetus, & fructus, vel si quid servi acquisierint: etsi ex his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi. Ex quo textu relucet: quod is, qui hereditatis jacentis negotia gessit, neque defuncti, neque heredis negotia gessisse censeatur. Si enim ipsa rei veritas spectetur, omnisque juris fictio tollatur: certum est, res hereditarias ante aditionem nullius esse, nec dici posse heredis, hereditate nondum ab ipso adita: eum etiam adhuc dubium sit, an hereditatem sit aditurus, nec ne, l. 1. circa princ. ff. de rer. divis.

Cui non obstat, quod hereditas, quamdiu non est adita, defuncti personam repraesentet, l. non minus. 31. in fin. ff. de heredib. instit. l. hereditas. 34. ff. de acquir. rer. dom. l. legatum. 116. §. servo. 3. ff. de legat. 1. l. mortuo. 22. ff. de fidejussorib. l. heres. 22. ff. de usurpat. & usucap. §. servus. 2. supr. de heredib. instituend. initio tit. supr. de stipulat. servor. l. cum hereditas. 9. C. d. depositi. & quod heres ex tempore mortis successisse defuncto videatur, quamvis postea adierit, l. heres. 54. ff. de acquir. vel omitt. heredit. l. si ex re. 28. §. ult. ff. de stipulat. servor. quod item omnis hereditas, licet postea adeatur, tamen cum mortis tempore continetur, l. omnis hereditas 138. ff. de reg. jur. & consequenter heredis negotia gessisse videatur, qui hereditatis jacentis gessit. Hæc, inquam, argumenta omnia non obstant: quia mera juris fictione nituntur, & hoc duntaxat probant, quod fictione juris civilis efficiatur, ut heres scriptus ante hereditatem aditam pro herede habeatur, quodque hereditas defuncti personam repraesentet. Siquidem, veritate ipsa inspecta, omnia hæc seculum sese habent. Fictio autem ista in d. l. 3. §. hac verba. 6. ff. de negot. gest. non attenditur: propterea quod negotiorum gestorum actio non nisi ex vera & naturali gestionem inducatur, ut patet ex hoc §. & tot. tit. ff. C. de negot. gest. Cui sanè consequens fuit, heredi non competere negotiorum gestorum actionem de eo, quod jacente hereditate gestum erat: ut ita specialiter de eo caveri, necess.

necessarium fuerit. Ita sentiunt Iulius Pacius cent. 2. inav-
τιοφανών. quæst. 49. Mejer. in disp. ad lib. 3. Pand. tit. 5. sub
thes. 4. Treutler. volum 1. Disput. 10. thes. 1. lit. C. ibique
prolixè Hunnius in sua resolut. pag. 696. Vide aliter sen-
tientem Bachovium in not. ad Treutler. d. disp. 10. th. 1. lit.
C. eumque referentem Philippum Knipschildt exercitat.
Acad. 11. quæst. 2. pag. 388.

Dico in definitione, *absentis & ignorantis*, argumento
huius §. nostri l. 1. l. 2. si negocia 11. ff. de negoc. gest. l. si
quis absentis. 5. in princip. ff. de obligat. & actionibus. Si
quis enim sciat, aut præsens sit, patiaturque suum nego-
cium geri, mandasse reputatur: eoque tum mandati actio
nascitur, l. si remunerandi. 6. §. si passus. 2. l. qui patitur.
18. l. si pro te. 40. l. qui fide § 3. ff. mand. l. si fidejussor. 6.
C. cod. l. semper. 60. ibique Petrus Fab. ff. de reg. jur. Ne-
que obstat, quod interdum negotiorum gestio sit, licet
præsentis sine mandatu negocia quis gesserit, argum. l. ad-
menta. 11. §. l. si paterno. 15. C. de negoc. gest. & similium.
Nam quod dicitur, negotiorum gestionem esse, si absen-
tis negocia gesta fuerint; eo significatur, ἐπὶ τὸ ἀλειεῖν si-
ve ut plurimum accidere solere, ut absentis negocia geran-
tur: interim verò non prorsus negatur, quin etiam non-
nunquam negotiorum gestio sit, negotiorumque gesto-
rum actio competat, si præsentis quispiam & ignorantis
negocia administraverit. Etenim ad ea potius jus aptari
debet, quæ frequenter, quam quæ perraro eveniunt, aucto-
re Celsio in l. nam ad ea §. ff. de legibus. Bachov. d. loco,
Knipschildt d. exercit. 11. quæst. 3. pag. 389. & seq. In-
stus Schütz exercitation. jur. disp. 17. th. 2. lit. c. pag. 258.

Dico præterea, *sine mandato*. Quibus verbis differen-
tia specifica negotiorum gestionis ac mandati continetur.
Si quis enim negocia alterius ex mandatu ipsius gesserit:
mandatum erit, sicque verus contractus: cæterum si citra
mandatum gesserit: negotiorum gestio, atque ita quasi
contractus erit, hoc §. nostro. ibi, si sine mandato, &c. &
d. l. si quis absentis §. in princip. ff. de obligat. & actionib.

Huic non refragatur l. at quin. 19. §. si libero. 2. ff. de
negoc. gest. ubi negotiorum gestio videtur, licet mandatu
domini quis negocia gerat. Ibi namque dominus libero
homini, tanquam servo suo, mandavit: & propterea per-
inde est, ac si non mandasset. Liber quippe homo & ser-
vus è diametro invicem opponuntur: ita, ut qui homini
libero, cum servum esse putans, mandatum dederit,
mandasse non intelligatur. Vide Pacium d. cent. 2. q. 59.

Multò minus refragatur l. si negoc. 16. C. eod. ubi pariter
negotiorum gestorum actio competere videtur, tametsi
mandatum intervenerit. His etenim verbis, si negotio-
rum sororis tue gerens, &c. respondent verba hæc: nego-
cium gestorum actione: verbis verò illis, vel mandante ea,
vel rogante, &c. respondent hæc verba: vel mandati, &c.
ut bene animadvertit Dn. Collega Bocet. in Comment.
ad d. l. contractus 23. ff. de reg. jur. c. 4. n. 111. ed. 2.

Denique dico, *utiliter erit*. Quia satis est, negocia uti-
liter ab initio gesta esse, etiamsi malum & infelicem ha-
buerint eventum: ut si insula vel domus utiliter emptā
aut suffulta conflagrarit, flammisque consumpta sit, l. sed
an ultro. 10. §. 1. l. successor. 12. §. ult. & l. ex duobus.
27. ff. de negoc. gest. Nec adversatur, quod culpa sit, im-
miscere se rei, ad se non pertinenti. l. culpa 36. ff. de reg.
jur. c. non est sine culpa. 19. de reg. jur. in 6. Quandoqui-
dem ille, qui se rebus alienis sine iusta causa immiscet, πο-
λυπράγμων dicitur, culpaq; non caret. At negotiorum ge-
stor iustam habet causam administrandi negocia absentis
& ignorantis: ne, dum propter subitam peregrinationem
abesse cogitur, suarum rerum jacturam patiatur, hoc §. no-
stro vers. idque utilitatis causa, &c. l. 1. ff. de negoc. gest.
Aliter istam regulam explicant Donell. lib. 15. Comment. de
jur. civ. c. 15. pag. 420. num. 40. Timæus Faber disput.
25. ad Instit. Imperial. th. 1. lit. b. Knipschildt d. exercit.
Acad. 11. quæst. 1. pag. 387. Treutl. d. disput. 10. thes. 1.
sub lit. E. & ibidem Hunnius, in sua resolut. pag. 700. ubi
diversos istius regula intellectus adducit.

Quid ergo sit negotiorum gestio, satis opinor patet ex
proposita, sic declarata definitione: quam tamen nulla-
tenus pro exquisita & omnibus numeris absoluta vendi-
to: sed pro tali, qualem jus nostrum admittit. Raræ

quippe in jure nostro accuratæ definitiones, & vix sunt
numero totidem, quot

Thebarum porta, vel divitis ostia Nili.

Nimis igitur operosa est D. Boceri opera, prædictam
definitionem sine effectu exagitare volentis, hic sub num.
18. & seq. pag. 486. Miror autem, ei displicere quæ-
dam nostræ definitionis vocabula: quorum tamen omnium
rationem assignavi satis luculentam: nec eundem de sua
quoque sollicitum esse. Verum ita comparata est homi-
num natura omnium, aliena melius ut videant, & judicent,
quam sua. Terent. in Heautontim. Act. 3. Scen. 1. in fine. Mi
Bocere, meam & aliorum definitionem vitiosam arguere
cupis, cum vix sit: tuam, cum sit, vitiosam non animad-
vertis. Definis negotiorum gestionem, in hoc §. num.
3. pag. 485. quod sit quasi contractus. Et rectè quidem.
At nimis inconsideratè & superflue subjungis: consistens
in actu, quo quis alterius non mandantis negocia gerit.
Nunquid enim ex hoc ipso, quod negotiorum gestio est
quasi contractus, satis superque manifestum est, domi-
num negotiorum non mandantem esse debere? Quid?
An ullo etiam casu quasi contractus potest esse verus
contractus? Ita scilicet egregius ille Definitionum Ma-
gister & Artifex aliorum definitiones allatrat; & suas à
vitiis omnibus excusare nescit; nimio nimirum in re qui-
dem propria amore, in aliena vero, livore præpeditus.
Quæ tamen haudquaquam ita accipi velim, quasi existi-
mem, prædicta verba (non mandantis) absque piaculo
definitioni negotiorum gestionis inseri non posse: cum si-
milis & ego inseruerim, probèque sciam, Interpretibus
nostris valde familiare esse, ut majoris perspicuitatis gra-
tia definitionibus apponant vocabula etiam non necessa-
ria. Idque ut ferendum est in iis, qui tantum, ut res in-
telligatur exactius, allaborant: ita intolerabile est in eo,
qui cæteris acutior videri cupiens, suas definitiones pro
accuratissimis & absolutissimis obtrudere Lectoribus an-
nititur: cum tamen reliquorum definitionibus, quas
ipse temerè oppugnat, neutiquam perfectiores existant.
Hinc versiculi illi Horatiani lib. 2. Epist. 1. mihi opportu-
nè occurrunt:

Quod mecum ignorat, solus vult scire videri:

Nostra sed impugnat: nos, nostraque lividus odit.

Geruntur porrò citra domini mandatum negocia alie-
na, vel necessariò, vel voluntariè, necessariò: cum quis
coactus ea gerit: idque aut necessitate urgente, aut ne-
cessitatis suspitione, l. ait prætor. 3. §. hac actione. 10. ff. 16
de negoc. gest. l. tutori. 20. Cod. eod. Necessitate urgen-
te alterius negocia gerit executor sententiæ sive judicati,
quando jussu prætoris sententiam seu judicatum exequi-
tur, d. l. 3. §. si executor. 8. ff. d. tit. ubi Ulpianus ita
scribit: Si executor à prætore in negotio meo datus dolum
mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio. Ex quo
textu luculenter evincitur: quod executor teneatur cre-
ditori & victori negotiorum gestorum actione, si dolosè
in executione sententiæ versatus fuerit. Et quanquam
Anton. Faber in rational. ad d. l. 3. §. 8. contendat,
istum §. 8. de actione doli exaudiendum esse, arg. l. si
pignor. 50. ff. de viñtion. cum tamen dictus §. 8. positus sit
sub tit. de neg. gest. probabilius est, eum non de alia, quam
negotiorum gestorum actione esse accipiendum. Et sanè
si doli actionem Jurisconsultus intellexisset: haud du-
biè, ad omnem tollendam ambiguitatem, hoc expres-
sisset: maximè cum ibi non ex professo de actione doli,
sed de actione negotiorum gestorum tractarit.

Nec hanc evertit assertionem d. l. si pignor. 30. ff. de
eviction. ubi dicitur, nullam aliam actionem contra appa-
ritorem seu executorem dari, quam de dolo. Nam ibi do-
lo executoris, rem viliori pretio distrahentis, læsus fuit
non creditor, sed debitor: cui, nomine hujus doli, idcirco
negotiorum gestorum actio non competit: quia execu-
tor negocia debitoris gessisse dici nequit: cum hic debitor
invitus executionem patiatur. Hac itaque negotio-
rum gestorum actione deficiente, necessario debitor ad
subsidiariam actionem de dolo confugit, arg. l. 1. ff.
de dolo. Quod autem d. l. 50. ff. de evict. de debi-
tore loquatur: arguunt verba ista finalia, domino
rei. Dominus enim rei, in qua sit executio, non est

creditor, sed debitor. Alia ratio est in creditore: quia cum executor ejus causa & contemplatione negotium gesserit: si quid dolo commiserit in executione, merito negotiorum gestorum actione illi tenetur. Ita post *Accursium in Glos. ultim. ad dictum l. 3. §. 8. ff. de negotiis gest.* recte tradunt *Iulius Pacius cent. 2. ἐναρτίοναυον. q. 50. Vitalis lib. 1. var. lection. cap. 12. Hilliger. in Donnell. enucleat. lib. 15. cap. 15. lit. k. Trentl. vol. 1. disputat. 10. th. 2. lit. C. ibique Hunn. in sua resol. pag. 704.*

19 ubi & aliis Fabri dissentientis ratiunculis satisfacit. Præterea necessitate urgente alterius negotium geritur, cum curator adolescentis, furiosi, mente capti, prodigive negotia administrat, *d. l. 3. §. 1. ff. de negotiis gest. l. curatoris. 17. Cod. eod.* vel cum quis mandatu tutoris, negotia pupilli explicat, *l. qui pupilla 4. Cod. de negotiis gest. quoniam procurator, posteaquam constitutus est, necessarius gestor dicitur, argum. l. sicut initio. 5. C. de obligat. & actionib. Cujac. in paratit. Cod. de negotiis gest. in princ. quem refert & sequitur D. Bocer. class. 3. disput. 17. thes. 4. ad lit. C. edit. 2. item, cum tutor posthumi inchoata negotia perficere cogitur, etsi non nascatur posthumus, *l. cum pater. 29. ff. de negotiis gest. l. si nemo. 19. §. fin. ff. de testament. tutel. l. 1. §. si quis 6. vers. simili modo. ff. de eo, qui pro tutore, prove curat. negotiis gest. Trentler. d. disp. 10. thes. 2. lit. d. ibique fusius 20 P. Hunnius. pag. 705.* Necessitatis suspitione alterius negotia gerit is, qui quasi tutor negotia expedit illius, qui jam pubes est, *d. l. 1. §. si quis. 6. ff. de eo, qui pro tutore, &c. ut & liber homo, qui servire se illi credit, qui res quasdam gerendas ei mandat, l. si pupilli. 6. §. si quis. 5. §. l. at quin. 19. §. si libero. 2. ff. de negotiis gest.**

21 Cui non contradicit *l. is, qui commodatum. 13. §. si libero. 2. ff. commodati.* ubi expressè asseritur, hoc casu non actionem negotiorum gestorum, sed mandati locum habere. Etenim distinguendum est hoc modo: ut si is, qui bona fide alicui servit, mandatum susceperit, & negotium gesserit quasi ex necessitate servili, eo quod se servum esse, & ob id mandatum sui domini exequi teneri fuerit opinatus; tunc actione negotiorum gestorum teneatur: propterea quod non valeat contractus mandati, in quem non consenserit; cum gesserit quasi ex necessitate servili. Sin verò sciens se esse liberum, nondum tamen ad libertatem proclamans, volens susceperit mandatum: tunc adversus eum competat actio mandati. Atque de hoc posteriori casu accipienda est *d. l. 13. §. 2. ff. commodati.* de priori verò casu intelligi debet *d. l. at quin. 19. §. 2. ff. de negotiis gest.* Eaquæ distinctio confirmatur argumento sumpto ex *l. liber homo. 19. in fine. ff. de acquir. rer. domin.* ubi ex Labeonis sententia similis asseritur distinctio; cum homo liber bona fide serviens, jussu ejus, cui servit, adiit hereditatem. Nam si quasi ex necessitate servili adiit hereditatem, possessori acquisivit; si sponte adiit, sibi quæsit. Hoc autem argumentum eò majorem vim habet, quod ejusdem Labeonis sententia refertur etiam in *d. l. at quin. 19. §. 2. ff. de negotiis gest.* Ita docent *Iulius Pac. d. cent. 2. quæst. 59. Trentler. d. disputat. 10. thes. 2. ad lit. F. ibique D. Hunn. pag. 708.*

22 Voluntariè geruntur sive expediuntur aliena negotia, quæ quis sponte, & nulla prorsus necessitate cogente suscipit, *d. l. 3. §. hac actione. 10. ff. de negotiis gest. d. l. tutori 20. C. eodem.* id quod variis accidere solet modis: veluti si quis se in re absentis alicui obliget, *l. 2. ff. de negotiis gest.* vel pro alio absque ejus mandato fidejubeat, *d. l. 3. §. fin. & l. seq. l. fidej. ff. 32. §. l. mandasti. 46. in fin. ff. eod.* vel si quis pecuniam, aliamvè rem ad me perferendam accipiat, *l. si pupilli. 6. §. 2. ff. eodem.* vel si quis Titium, quasi debitorem tuum, extra judicium de solvendo debito admoneat, & debitum ab eo recipiat, idque tu postea ratum habeas, *d. l. pupilli. 6. §. item quaritur. 9. & §. seq. ff. d. tit. & l. si pecun. 9. C. eod.* vel si mater sive avia in rebus liberorum animo recipiendi ac repetendi aliquid expendat, *l. alimenta. 11. ubi Accurs. & Sichardus C. eod.*

23 *l. Nefennius. 34. ibique D. ff. eod.* Enimvero hic ignorandum non est: quod etsi parentes sumptus, in liberos erogatos, repetere valeant, si ostenderint, se non animo donandi, sed repetendi sumptus istos fecisse, *juribus modo al-*

legatis, & latius explanat Iohannes Garfias in tract. de expens. & meliorat. cap. 4. num. 4. Menochius lib. 2. de arbitrar. jud. cent. 1. cas. 88. n. 5. 11. 20. & seqq. illostamen sumptus, quos ex juris publici necessitate fecerint, repetere haud possint, tametsi de illis repetendis expressè protestati fuerint. Cujus ratio manifesta est: quia quod quis facere cogitur legibus, si id faciat: solvit, quod debuit. Debiti autem soluti nulla repetitio est, *l. si non sort. 26. §. 24 penult. ff. de condit. indebiti.* Et cum ad has impensas faciendas actionem habeat is, cui debentur: multò magis habebit ad eas servandas & retinendas exceptionem, *l. invitatus. 156. §. 1. ff. de reg. jur.* Unde si filium, in bonis nihil omnino habentem, pater aluerit, eduxerit, bonis artibus instituendum curaverit; quantumvis testatus sit pater, se ea, quæ impendit, ita erogare, ut aliquando repetat; non tamen repetere poterit: quoniam ista facere cogebatur, *l. si quis a liberis. 5. §. 1. 2. & 4. ff. de agnoscend. & alend. liber. l. ult. §. ipsum autem 5. C. de bonis, quæ liberis, &c.* Idem dicendum erit de liberto, qui tutores filii patroni petiit. Hoc enim facere libertus compellitur, *l. 2. §. 1. ff. qui petant. tutor. vel curatores.* Ideoque si fecit; officio & obsequio liberti functus, negotiorum gestorum actionem non habet, *l. officio. 5. C. de negotiis gest. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. c. 16. pag. 424. n. 20. & 30.* Voluntarius quoque est negotiorum gestor vitricus, qui repetendi animo sumptus facit in rebus privignorum, *l. si paterno. 15. C. de negotiis gestis.* At quid statuendum, si vitricus bona privighi administrans, alimenta privigno præbeat; an etiam tunc repetitionem habebit? Et habere, probatur argumento *d. l. Nefennius. 34. vers. at in proposito. ff. eod.* ubi Paulus de avia, nepotibus alimenta suppeditante, apertè scribit; eam, si negotia administraverit nepotum, verisimiliter eos de re ipsorum propria aluisse. Quare & vitricus, bona privignorum administrans, in dubio alimenta potius ex bonis ipsorum privignorum, quam suis, præbuisse censebitur. Siquidem inter vitricum & privighos non talis invicem se alendi intercedit necessitudo, qualis inter patrem & liberos, aviam & nepotes. Et quanquam vitricus non rectè fortassis experiretur contra suum privignum, sumptuum in alimenta factorum recipiendorum causa, ut existimat *Ludovic. Romanus consil. 255. n. 2.* bona tamen privigno restituens, deducere posset & reputare alimenta, quæ illi præbuit, *argum. d. l. 1. 34. vers. igitur. ibi, audiendos, si reputare velint alimenta, &c. ff. de negotiis gest.* Quid verò, si privignus, aut privigna in servitio fuerit vitrici, eique operas quotidianas præstiterit, an etiam tunc repetere aut deducere alimenta vitricus poterit? Hoc casu & æquitati & veritati magis consonum est: vitrico nullam alimentorum repetitionem aut deductionem competere: sed alimentorum & operarum compensationem fieri oportere: cum nemo suo sumptu alteri inservire teneatur, *arg. l. in rebus. 18. §. possunt. 2. ff. commodati.* Et absurdum quoque foret, deteriori conditione haberi privignum, quam extraneum, cui vitricus, si eum in suo servitio vel famulatio haberet, jure alimenta suppeditare cogeretur. Eamque rem explicatius persequuntur, *Martinus Col. lib. 3. de aliment. cap. 2. eumque citans D. Hunnius in resol. ad d. disputat. 10. Trentl. thes. 3. lit. C. q. 12. p. 713. D. Bocer. hic n. 32. cum seqq. p. 487. & Knipschildt d. exercit. 11. q. 4. p. 392.* Est item voluntarius negotiorum gestor filius, vel quivis alius, qui pro patre, aut alio, non donandi animo, debitum solvit, *l. si filius. 12. C. de negotiis gest. l. cum pecuniam 43. ff. eod.* In *d. l. si filius. 12.* Alexander Imperat. filio impensarum repetitionem denegat, si donandi animo pecuniam dederit. Ex quo elicitur, quod si non donandi animo filius debitum patris solverit, nec eo animo solvisse probari possit, repetitionem solutæ pecuniæ habeat. Et licet Iohannes Glosator, eumque secuti, particulam *Si* illic idem significare putent, quod *quia*: prout interdum particula *ista* non conditionem, sed causam & rationem in legibus nostris denotat: quia tamen sua natura conditionem significare solet: idcirco ab hac genuina & nativa significatione in dubio non est recedendum, *arg. l. non aliter. 69. in pr. ff. de legat. 3.*

Nec obstat, quod hæc sit correlativorum natura, ut quod

- quod dispositum est in uno, idem quoque dispositum censeatur in altero, *l. ult. C. de indiët. viduitate tollend. l. 1.*
- 31 *C. de cupressis, &c.* Pater autem & filius sint correlata. Ideoque sicut pater aut mater, sumptus suppeditans filio, non habet eorum repetitionem: cum donandi animo subministrasse præsumatur, *l. cum is. 32. §. mulier. 2. ff. de condiët. indebit. l. 1. in fine. ibiq. Gothofred. d. l. alimenta. 11. §. d. l. si paterno. 15. in princ. C. de neg. gest. ita & filius, impenfas pro patre faciens, præsumatur donandi, &*
- 32 non repetendi animo eas fecisse. Nam respondetur: argumentum hoc habere vim concludendi & procedere, sicut uno correlativorum eadem sit ratio, quæ est in altero. Ast
- 33 in proposito diversa est patris & filii ratio. Siquidem liberi non ita jure naturæ primævo suos progenitores alere tenentur, quemadmodum hi illos: cum liberi alimenta parentibus ex obligatione duntaxat antidotali debere videantur, arg. *l. fin. §. ipsum. 5. C. de bon. quæ liberis, &c.*
- 34 Unde belle dici solet, quod lege naturæ non liberi parentibus, sed parentes thesaurizent filiis suis. 2. *ad Corinth. 12. vers. 14. c. cum Apostolus. 6. §. prohibemus. extr. de censib. can. predicator. 66. vers. non debent. caus. 16. q. 1. l. de emancipatis. 13. §. 1. & 2. C. de legitimis heredib. l. nam & si 15. in princ. ff. de inoffic. testam. l. nihil interest. 50. §. 2. in fine. ff. de bon. libert. l. scripto 7. in fin. ff. unde liberi. l. cum ratio. 7. in pr. ff. de bon. damnat. Wesenbec. in §. qui igitur. 3. num. 2. supr. de patr. potest.*
- 35 Neque urget, quod alimenta pietatis intuitu facta & erogata repeti non possint, *l. ex duobus. 27. in fine. ff. de negoc. gest.* Filius autem in dubio intelligatur impenfas, in patrem factas, pietatis respectu fecisse. Respondetur enim breviter: alimenta quidem pietatis causa suppeditata repeti non posse: at filium in dubio non censeari alimenta pietatis causa patri suppeditasse, aut impenfas pro eo fecisse: ut arguit *d. l. filius 12. ibi, si donandi animo pecuniam dedit. C. eodem. Hunnius d. thes. 2. lit. D. pag. 714. D. Bocerius hic n. 27. & seq. pag. 488. Linglois decis. 1. quæst. 7. & Knipchildt. d. exercit. 11. quæst. 5. pag. 392.* Porro de obligatione parentum in liberos, & obligatione liberorum erga parentes, perquam eleganter & copiosè differtat Henningus Arnisaus *lib. 1. de Republ. cap. 4. sect. 4. & 5.*
- 36 Est præterea voluntarius negociorum gestor maritus, qui in funus uxoris, quasi recepturus, aliquid erogat, *l. quod in uxorem. 13. Cod. de negoc. gest. & frater, qui pro sorore tributa solvit, l. si negocium. 16. ubi Gothofred. Cod. eod. aut pro fratre coherede pecuniam expendit, l. siue pro fratre 3. Cod. d. tit. item ille, qui sumptus necessarios & probabiles in re seu lite communi facit, *l. ejus, qui. 41. vers. earum autem, &c. ff. de reb. credit. & l. liberti. 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* in quibus legibus affirmatur, solam negociorum gestorum actionem de impenfis, in rem communem factis, competere.*
- 37 Hisce textibus non repugnat *l. heredes. 25. §. si unus. 15. ff. famil. erciscund. l. filia. 18. in fin. Cod. eod. & d. l. 3. Cod. de negoc. gest. cum concordantibus, in quibus asseritur, de eo, quod in rem communem impensum est, dari vel actionem communi dividundo & familiæ erciscundæ, vel certè hæc actiones concurrere cum actione negociorum gestorum. Etenim sic commodè distingui potest: ut, si quis pro parte coheredum gessit, quod divisionem recipiebat, & pro sua solummodo parte geri potuisset: tunc negociorum gestorum actio datur, *d. l. 41. ff. de reb. credit. d. l. 31. §. fin. ff. de negoc. gest.* Si verò quis gesserit pro parte etiam coheredum, quod divisionem non recipiebat, quodque pro parte duntaxat gestoris geri non poterat: tunc actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo competat, *d. l. 25. §. 15. ff. famil. ercisc. d. l. 3. Cod. de negoc. gest. & similib. Cujac. tract. ad African. 8. in explicat. d. l. ejus, qui. 41. ff. de reb. cred. t. pag. 417. D. Bocer. hic num. 30. & seq. pag. 488. Hunn. in d. disput. 10. Treutl. thes. 3. ad lit. H. vol. 1. pag. 717. Iulius Pac. d. cent. 2. in avlloφανών. quæst. 63.**
- 38 Est denique voluntarius negociorum gestor pater aut mater, quæ ignorante filia à sponso ejus res donatas suscipit, *l. sive jussor. 32. §. ultim. ff. de negotiis gestis.* ubi Papinianus ita disertè scribit: Ignorante virgine, mater à

sponso filia res donatas suscepit: quia mandati, vel depositi cessat actio: negociorum gestorum agitur.

Cui non refragatur *l. die sponsaliorum 25. in princ. ff. depositi.* ubi idem Papinianus profitetur: isto in casu competere actionem depositi, & non negociorum gestorum. In hujus siquidem legis specie virgo fuit præsens, eique res fuerunt à sponso oblata: ac propterea pater accepit voluntate filia: ob quam voluntatem filia videtur brevi manu res accepisse, & apud patrem deposuisse. Quod autem præsens fuerit filia, apparet ex eo, quod dicitur, res puellæ fuisse oblata: quoniam præsentem tantum offerimus. Caterum in specie *a. l. j. de jussor. 32. §. ultim. ff. de negoc. gest.* mater ighorante virgine res accepit: & ideo cum nullus fuerit consensus virginis, non potest videri res à sponso accepisse, & apud matrem deposuisse. Ita istos textus conciliant Antonius Faber in *rational. & Cujac. lib. 3. responsor. Papiniani, in explicat. dictal. 32. §. ultim. ff. de negoc. gest. Pacius d. cent. 2. q. 64. eosque laudans Hunnius dicto loco pag. 718. & D. Bocerius hic num. 33. pag. 489.* Porro plura ejusmodi negociorum gestorum exempla videre est passim, ff. & Cod. de negotiis gestis.

Ex hoc quasi contractu duplex nascitur actio negociorum: una directa, altera contraria, hoc §. nostro. *l. fin. autem. 20. ff. de negoc. gest.* Directa negociorum gestorum actio datur domino rei gestæ, adversus ipsum gestorem; ad hoc, ut gestionis sive actus sui rationem reddat: quodque ex negotio domini percepit lutri & commodi, hoc omne ei restituat, damnumque, quod negligentia ipsius, culpa & dolo datum est, resarciat, *l. 2. §. l. si negocia. 11. ff. d. tit. ibiq. in Parati. Wesenbec. n. 10. l. tutori. 20. C. eod. l. contr. Etus. 23. ff. de regul. jur. l. si quis absentis. 5. in princip. ff. de obligat. & actionib.* Sed de quamam culpa teneatur negociorum gestor, valde intricatum ac controversum est: Et quidem, quod non de levissima, sed de lata solum & levi culpa ille conveniri possit, plerique existimant; Angelus, Mynsingerus, Baldinus, Heigius, Giphanius, Rutershusius, S. hneiderwinnus, Marculus, & nonnulli alii in hoc §. Scharhardus in *d. l. tutori. 20. C. de negoc. gest. Anton. Faber. ad d. l. si negocia. 11. ff. eodem. Petrus Gregor. in syntag. jur. univers. lib. 20. c. 2. num. 4. D. Bocer. class. 3. disput. 17. thes. 17. edit. 2. item in hoc §. n. 43. cum multis seqq. pag. 490. & in commentar. ad d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. cap. 4. n. 112. edit. 2. & ibidem Hieronymus Cagnoli. num. 66. Petrus Fab. n. 121. & M. Anton. Delrio cap. 14. Treutl. disput. 10. thes. 6. lit. D. vol. 1. Hænonius disput. 17. ad Institut. thes. 17. Arumæus Exercitat. Instin. 15. thes. 11. Matthias Stephani cent. 3. q. 90. Schickhardus disput. 15. thes. 6. ad lit. b. & resol. q. 1. Schegkii in delib. jur. disp. 20. thes. 3. lit. d. Gothofred. Anton. disput. Anti Vultei. 4. th. 23. Locamer. questionum juridicarum fascic. 40. q. 9. & Frantzkius exercitat. jurid. 11. q. 7. p. 360. & seqq.* Verum quod etiam levissimam culpam domino præstare regulariter teneatur negociorum gestor, asserunt Donellus *lib. 15. Comment. de jur. civ. c. 15. p. 420. ibique Hiliger. in suis notat. ad lit. f. Vultejus lib. 1. disceptat. Scholast. c. 15. p. 165. cum seqq. Borcholt. Anton. Matthæus & Gerard. Tuningius in hoc §. Cujacius in notis ad Iul. lib. 1. sentent. tit. 4. in princ. Timæus Faber d. disp. 25. ad Institut. Imperial. th. 2. lit. c. Instus Schütz d. disput. 17. th. 5. p. 261. Rober. disput. 18. thes. 1. Wegner. disput. 13. th. 2. ad lit. D. Andr. Gerhardi decad. 16. q. 1. Forster junior lib. 3. disput. 19. thes. 1. Riemer. decad. 11. q. illustr. 7. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 3. Pand. tit. 5. n. 30. pag. 325. cum seqq. Schröter diatribar. domesticar. decad. 8. q. 8. Berens disput. 12. ad Institut. them. 3. q. 1. Hunn. disput. 16. ad Institut. thes. 26. & in resolut. ad d. disput. 10. Treutl. th. 5. lit. C. & D. p. 724 q. 19. & Bachovius ibidem in suis not. pag. 382. vol. 1. & in hoc §. n. 1. p. 833. hosque referens D. Martinus Rümel. Exercit. 16. ad Institut. sub thes. 2. lit. C. p. 146.* Quæ assertio, quam & ego verissimam judico, in primis probatur per hunc §. nostrum, vers. quocasu, &c. ubi Imper. Justinianus regulam proponit, quod negociorum gestor teneatur ad exactissimam diligentiam, cui culpa levissima opponi solet, ut ostensum in §. 2. supr. de obligationibus n. 70. & 76. Regulam autem

autem eam esse, arguit vocula *quisque*, & subiecta exceptio, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negocia. Quasi dicat Imper. tum demum negotiorum gestorem suo satisfecisse officio, quando à nemine vincitur diligentia: hoc verò nunquam futurum, nisi exactissimam adhibuerit operam: cum semper ab alio diligentius possint administrari negocia, si exactam usurpat diligentiam. Quemadmodum igitur in ædilio edicto, qui optimum dixit, optimum etiam, non mediocrem, præstare debet, *l. si quid venditor* 18. §. 1. ff. de ædilio edicto: ita negotiorum gestor, à quo exactissima requiritur diligentia, eam adhibere debet.

- 43 Deinde eadem assertio hac ratione confirmatur: Quicumque sese sua sponte alicui negotio offert, is in plus tenetur, quam alias natura contractus patitur, *l. 1. §. saepe evenit* 35. ff. de positi. ubi depositarius, qui se deposito obtulit, tenetur etiam ad levem culpam: cum tamen alias solum dolum & latam culpam præstet, *l. quod Nerva* 32. ff. de rei. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & explicatum latius in §. præterea. 3. num. 22. & seqq. supr. quib. mod. re contrah. obligat. Atqui vero negotiorum gestor gestioni seu administrationi negotiorum semper se offert: quoniam certissima est huius contractus natura, quod negocia aliena gerens, sponte non rogatus ad ea gerenda accedat, atque ideo semper sese offerat. In arbitrio enim ipsius est ab initio, negotiorum gestionem suscipere: susceptam autem pro arbitrio suo negligenter administrare, librum ipsi non est. Cum igitur etiam mandatarius, qui tamen se non obtulit, de omni culpa teneatur, *l. à procuratore* 13. Cod. mandati, & pluribus demonstratum in §. is, qui exequitur. 8. num. 21. & seqq. supr. de mand. idem, & quidem multò meliori iure, de negotiorum gestore statuendum fuerit.

- 45 Accedit præterea textus expressus in *l. si mater* 24. C. de usur. ubi ab Imper. Philippo rescriptum est: matrem, quæ negocia filii gessisset, omnem diligentiam præstare debere. Quod si igitur omnem diligentiam præstare mater, in gerendis & administrandis liberorum negotiis, compellitur: sequitur, quod & exactissimam diligentiam, quam culpæ levi opponi certum est, præstare teneatur. Et si à matre omnis diligentia exigitur: multò certè magis ab extraneo exigitur. Neque enim tam stricta inter necessarios, maximè verò inter parentes & liberos, esse solet observatio, quanta est inter extraneos, argum. *l. 3. §. interdum* 9. ff. de negot. gest. Et quanquam diligentiores regerant: omnem diligentiam in *d. l. 24. Cod. de usur.* non absolute de omni diligentia, quam etiam diligentissimus paterfamilias adhiberet, sed de omni diligentia matris, quam suis propriis rebus adhibere consuevit, intelligendam esse, quæ diligentia opponi soleat non levissimæ, sed levi culpæ: isthæc tamen interpretatio meritò repudiatur. Tum quia nimis divinatoria est, nec ullo firmo fundamento suffulta: cum Imperator non dicat, omnem diligentiam matris, vel omnem diligentiam, quam mater suis rebus adhiberet; sed absolute & simpliciter omnem diligentiam. Cum igitur Imper. non distinguat, nec nos distinguere debemus, *vulgatal. de precio*, 8. ff. de Public. in rem action. *l. 1. §. generaliter* ff. de legat. præstand. Tum quia diligentia, quam quis suis adhibet rebus, opponitur culpæ latæ: ita ut si eam in alienis rebus non præstiterit; latam culpam, seu culpam eam, quæ dolo proxima est, commisisse putetur, *d. l. quod Nerva* 32. ff. de positi.

- 47 Illud insuper ipsum corroborare videtur *l. si negocia* 11. ff. de negot. gest. ubi Pomponius ait: eum, qui negocia absentis & ignorantis gerit, culpam & dolum præstare debere: sed & interdum casum. Quibus utique verbis haud obscure significat Jurisconsultus: negotiorum gestorem culpam præstare debere. Levissimam autem culpam, esse culpam patet ex *l. in lege Aquilia* 44. ff. ad leg. Aquil. & us, quæ docuimus in §. 2. num. 70. cum

- 48 aliquot seqq. supr. de obligat. Igitur ex mente Pomponii & hæc à negotiorum gestore præstanda est. Quicquid enim prædicatur de genere, id etiam de singulis speciebus, eo genere contentis, prædicari intelligitur: nisi aliqua species expresse atque nominatim excepta fuerit, arg. *l. quæ de tota* 76. in princip. ff. de rei vindicat. *l. uxorem* 41.

§. 3. ff. de legat. 3. *l. 1. §. quod autem* ff. de aleatoribus. Hic autem in genere de culpa prædicatur, quod ea præstanda sit à negotiorum gestore. Quare de singulis culpæ speciebus sive gradibus; adeoque de culpa quoque levissima idem prædicari, statuendum est. Nec movet, quod 49 obijcitur, in *d. l. 11. ff. de negot. gest.* per culpam intelligi duntaxat levem: quæ in dubio appellatione culpæ venire solet, arg. §. præterea 3. supr. quib. mod. re contrah. obligat. *l. socius socio* 72. ff. pro socio. *l. videamus* 4. §. fin. & l. seq. §. 3. ff. de in lit. jurand. *l. si mora* 9. ibique Iason. num. 8. & *l. si filiofamilias* 25. §. 1. ff. solut. matrimon. Præterquam enim quod hoc tum demum procedit, quando res subiecta suadet, nomine culpæ levem tantummodo culpam intelligi, aut levissima culpa perspicue excipitur, ut in *l. heredes* 25. §. non tantum. 16. vers. non tamen diligentiam. ff. familia eriscund. & post alios pluribus ostendit Celsus Bargalius in tract. de dolo. lib. 5. cap. 3. n. 18. & seqq. etiam observandum est, quod Pomponius in *d. l. si negocia* 11. ff. de negot. gest. culpam & dolum casui fortuito opponit. At quoties hoc fit: per culpam omnis, sicque etiam levissima, culpa intelligitur: nisi & ipsa vel expresse, vel implicite excipiat, ut in §. ult. supr. Quib. mod. re contrahit. obligat.

Postremo huic sententiæ non parum suffragatur textus 50 in *l. in re mandata* 21. in fine. Cod. mandat. ubi Constantinus Imper. rescribit: in administratione alienorum negotiorum nil quidquam neglectum ac declinatum culpam vacuum esse. Atqui negotiorum gestorem aliena negocia gerere, in confesso est. Sequitur ergo, quod si quidquam in eorum gestione neglexerit ac declinaverit, culpam haud vacuum sit: ac ea propter de culpa levissima conveniri possit. Idque maximè vox, *quidquam*, arguit. Quidquid etenim neglectum fuerit, aut declinatum, culpam vacuum non est: ita nimirum, ut si neglectum aut declinatum quid fuerit, quomodocunque etiam illud fiat, id præstandum sit. Id autem fit culpa non minus levissima, quam levi. Et vero est ratio illa non propria mandatarii; sed omni alieni negotii gestori communis, sive mandato illud gerat, sive sine mandato. Quinimo si locum illa habet, ut habet, in mandatario, qui ad gestionem accedit, præcedente negotii domini rogatione atque mandato: multò magis locum habebit in negotiorum gestore, qui sponte sua, non etiam rogatus, ad negocia gerenda accessit, & se illis obtulit, atque offerendo industriam suam in gerendo sive administrando professus est, *D. Vult. d. lib. 1. disceptat. Scholastic. cap. 15. pag. mihi 169.*

Huic ita stabilitæ assertioni primo non obstat prædicta 51 *l. tutori* 20. C. de negot. gest. ibi cum Impp. Diocletian. & Maxim. doli tantum, culpæ latæ & levis mentionem faciant: inde dicendum videtur, levissimam culpam præstandam non esse. Et si enim in ista lege culpæ levissimæ nulla mentio fiat: non tamen protin⁹ consequens est, hanc culpam levissimam non esse à negotiorum gestore præstandam. Unius quippe inclusio non est alterius exclusio, in constitutionibus Imperatorum, in Codicem relatis: quæ 52 sunt ut plurimum restrictæ & accommodatæ ad consultationem & facti speciem Imperatoribus propositam. Igitur de levissima culpa in *d. l. 20.* nihil respondent Imperatores: quia de ea non fuerant consulti aut requisiti: sed huiusmodi facti species ipsis proposita & oblata fuit, quæ is, qui consulenti Octavianæ negocia gesserat, dolum, latam & levem culpam, non etiam levissimam, commiserat. Quod si in genere, anne de omni culpa, aut in specie, anne de levissima culpa teneretur negotiorum gestor, Impp. fuissent consulti: dubium non est ullum, quin idem de levissima culpa responsuri fuissent. Neque sanè hæc interpretatio nuda conjectura aut divinatione nititur: sed ex oppositione ista, quæ fit in *d. l. 20.* manifestè colligitur. Namque opponuntur ibi tutor atque curator negotiorum gestori ratione culpæ, de qua tenentur. Atqui clarissimi juris est, tutorem & curatorem de levi teneri culpam, *l. à tutor* 33. in princip. ff. de admin. & peric. tutor. *l. 1. in princip. ff. de tutela & rationib. distrabend. l. quicquid* 7. C. arbit. tutela, & dict. supra ad §. is, qui exequitur. 8. n. 32. tit. de mandato. Quapropter ut oppositio ista consistat: necessario admittendum est, negotiorum gestorem non solum de levi, sed de levissima quoque culpa teneri. Hunn. d. resolut.

Resolut. ad disputat. 10. Trentleri. thes. 5. lit. C. & D. vol. 1. pag. 725.

33 Secundò non obstat *l. fidejussor. 32. vers. negociorum autem. ff. de negoc. gest.* ubi Papinianus ait, in negociorum gestorum actione culpam æstimari satis esse, non etiam casum. Nam si ibi culpæ appellatione culpa levissima contineri non debuit: cur Jureconsultus non æquè culpam levissimam, atque casum excepit: cum de illa magis, de hoc minus dubitari potuisset? Verum equidem est, culpam absolutè positam significare culpam levem, *argument. d. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. §. 3. supr. quib. mod. re contrah. obligat. & jurium similitum allegatorum supra num. 49.* sed id non esse perpetuum, dicto modò loco ostensum est. Suadet enim interdum oppositio, quæ fit inter culpam, & casum fortuitum, ut culpam interpretemur culpam omnem, quæ & dolus sit, & culpa lata, & culpa levis, & culpa levissima, *ut in d. l. fidejussor. 32. ff. de negoc. gestis, & l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. ff. mandati.* interdum etiam idem dicitur suadetque subjecta materia, de qua agitur, mentione culpæ in illa facta: quemadmodum circa contractus mandati causam notavimus supra in *d. §. is, qui exequitur. 8. tit. de mandato. numer. 25.* quod nimirum in illo appellatione culpæ, non levissimum, quæ propriè culpa dicitur, sed levissima etiam comprehendatur, ubicunque absolutè culpæ mentio fiat, *ut in d. l. si procuratorem. 8. §. proinde. 10. l. idemque. 10. §. 1. l. inter causas. 26. §. sed cum servus. 7. ff. mandati. l. etiam si. 4. Cod. eod. D. Vult. d. cap. 15. pag. 172.*

34 Tertiò non obstat *l. si pupilli. 6. §. ultim. ff. de negoc. gest.* ubi à negociorum gestore exigitur, ut diligens sit, non etiam, ut sit diligentissimus. Cui simile est, quod in *recept. sentent. Paul. lib. 1. tit. 4. in princip.* dicitur, eum, qui negocia aliena gerit, exactam diligentiam præstare debere. Unde colligitur: in negociorum gestore culpam levem, & non levissimam, vindicari: siquidem exacta diligentia culpæ levis, exactissima verò culpæ levissimæ opponatur. Istud, inquam, non obstat. Respondetur enim: exactissimam diligentiam rectè quoque appellari diligentiam exactam: quoniam superlativo positivum inesse constat. Nam qui doctissimus est, rectè dicitur doctus: qui sapientissimus, rectè dicitur sapiens. Itaque non sequitur: negociorum gestor tenetur præstare exactam diligentiam: ergo non exactissimam: item negociorum gestor debet esse diligens: ergo non diligentissimus. Sic etenim à mandatario requiritur, ut aliena negocia exacto officio gerat, *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* & tamen nihil quidquam ab eo neglectum culpa vacuum esse, ibidem pronuntiatur. Sic & commodatarius rebus commodatis exactam diligentiam adhibere dicitur, *§. item is. 2. vers. ut is, &c. supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* & tamen ipsum de culpa levissima conveniri, traditur in *l. si ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. in fine. ibi, diligentiam. l. in rebus. 18. in princip. ibi, diligentissimus. ff. commodati. l. 1. §. & ille quidem. 4. ibi, exactissimam. ff. de obligationib. & actionib. & exposuimus accuratius in d. §. 2. supr. quib. mod. re contrah. obligat. num. 23. & seqq.*

35 Quartò non obstat, quod ex hujusmodi quasi contractu negociorum gestorum nihil planè commodi ad gestorem perveniat: sed solius domini, cujus negocia gesta sunt, utilitas vertatur. Juris autem est non incogniti, quod cum contractus ad solius creditoris pertinet commodum, debitor de levissima culpa conveniri non debeat, *d. l. si, ut certo. 5. §. nunc videndum. 2. ff. commodati.* Hoc, ajo, non obstat. Quod enim dicitur, levissimam culpam non præstari, cum contractus non concernit utilitatem debitoris: id hanc recipit limitationem: nisi debitor sese contractui obtulerit, suamque diligentiam & industriam professus fuerit. Jam verò negociorum gestor nulla planè necessitate coactus, sed sua sponte aliena negocia administranda suscipit. Igitur merito de levissima culpa tenetur, *docente Hunnio in d. loco pag. 726. & Vultejo d. cap. 15. ad finem.*

37 Quintò non obstat, quod si ad exactissimam & summam diligentiam negociorum gestor obligatus esset, adeoque de levissima culpa teneretur, nemo facile alterius negocia suscepturus & curaturus esset; sicque absentium negocia, insigni sæpe cum eorum detrimento, desere-

rentur: ad quæ tamen gerenda amici maximè invitandi videntur, *argum. hujus §. vers. idque utilitatis, &c.* Etenim hoc debile admodum & infirmum est argumentum. Eadem quippe ratione non facile quispiam mandatum suscepturus foret, quod & ipsum exactissimam diligentiam requirit, & à contrario, si hæc adhibita non fuerit, levissimam culpam exigit, *l. à procuratore. 13. Codic. mandati. & pluribus monstratum in d. §. is, qui exequitur. 8. supr. de mandato. num. 21. & seqq.* Sed & illud, quod in conjectura ac eventu dubio positum est, certissima juris fundamenta & rationes evertere non debet, nec potest, *ut bene hic in fine Anton. Matthæus monet.*

Sextò non obstat *d. l. quicquid. 7. Cod. arbitrium tutel. cum similibus,* ex quibus evinci posse videtur: quod, ad instar tutoris, negociorum gestor de levissima culpa conveniri non possit. Quandoquidem à tutore, qui necessitate publica ad tutelæ administrationem inducitur, ad negociorum gestorem, qui ultro se ingerit, minus rectè duci argumentum, liquet ex *d. l. tutori. 20. Cod. de neg. gest. & tradit Roberus d. disput. 18. thes. 1. eumque referens Paulus Berens d. disputat. 12. them. 3. quest. 1. num. 2. & ipse ostendit supra in d. §. is, qui exequitur. 8. num. 33. tit. de mandato.*

Septimò & ultimò non obstat, quod officium suum nemini debeat esse damnosum, *l. sed si quis. 7. ff. testament. quemad. aperiant. l. si servus. 61. §. quod vero. 5. ff. de furt. l. si vero. 12. §. si mihi. 9. ff. mandati.* Aut erit damnosum gestori, si ex culpa levissima conveniatur. Nam quadrupliciter respondetur: I. Si hoc argumentum obtineret: negociorum gestor ne quidem ex culpa levi conveniendus foret, ne pateretur officii sui jacturam. Est siquidem ubique idem medium concludendi. Posterius autem est absurdum. Ergo & prius. II. Non potest conquiri gestor, quod officium suum sibi existat damnosum: cum nec officio suo functus sit. Debent enim aliena negocia exacto officio geri, nec quidquam in eis prætermisum culpa vacat *d. l. in re mandata. 21. Cod. mandati.* Et qui se negotio gerendo offert, is omnem culpam præstat, *d. l. 1. §. sæpe evenit. 35. ff. deposit.* III. Nec damnum gestor sentire intelligitur, quod culpâ suâ sentit, *l. quod quis ex culpa. 203. ff. de reg. jur. & notat. Anton. Matthæus in hoc §. nostro.* IV. Regula illa sic intelligitur: nisi officium culpa præcesserit: item nisi officium alteri noceat. Adjuvari quippe nos, non decipi officio, oportet, *l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. adjuvari. ff. commodat. Gerard. Tuning. hic in fine.* Istis igitur obstaculis omnibus remotis, firmiter concludendum est: negociorum gestorem de levissima culpa regulariter conveniri posse.

Est tamen casus, quo negociorum gestor levissimam culpam non præstat, imò ne levem quidem, sed solummodò dolum: veluti si affectione coactus, ne bona mea distraherentur, negociis se meis obtulerit, *l. aut prætor. 3. §. interdum. 9. ff. de neg. gest.* Sanè de casu fortuito, qui videlicet nulla providentia humana caveri potuit, non teneri negociorum gestorem, extra omnem controversiam est: siquidem nec alius quisquam de casu fortuito conveniri potest, *l. si ex legati. 23. ff. de verb. obligat. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. ubi Delrio c. 21. l. quæ fortuitis. 6. Cod. de pignorat. act.* Ejusque ratio est perspicua: quia quotiens res sine omni culpa aut dolo alterius perit: æquissimum est, eam perire suo domino, *l. pignus. 9. Codic. de pignorat. act.* Cum enim is commodum illius rei sentiat, secundum naturam & æquitatem est, eundem quoque datum illius sustinere & in commodum, *§. cum autem. 3. vers. nam & commodum. supr. de empt. & vendit. l. secundum. 10. ff. de reg. jur.* Verum tres excipiuntur casus, quibus etiam de casu fortuito negociorum gestor tenetur: I. Si tale negotium suscipiat negociorum gestor, quod non solitus erat gerere dominus, *l. si negocia. 11. ff. de negoc. gest.* II. Si casui fortuito causam præstiterit & occasionem, *§. item is. 2. vers. si modo non ipsius culpa, supr. quib. mod. re contrahit. obligat.* III. Si speciali pacto casum fortuitum in se receperit, *l. negotium. 22. C. de negoc. gest. l. 1. C. de commodato.* Etenim pactum sive conventio dat legem, hoc est, formam & temperamentum contractui, ut jam ex ipsa conventionione de contractu

judicetur, *l. juris gentium. 7. §. quinimo. 5. ff. de pact. d. l. contractus. 23. ff. de regul. jur. ibique Philipp. Matthæus n. 41. l. legem. 10. C. de pactis. Et inibi Donellus n. 4.*

65 Porro directa negociorum gestorum actio non tantum competit, quando gestor negocium eo animo gessit, quod alienum esse existimaret: sed tum etiam, quando gessit negocium, quod putabat suum esse; cum revera esset alienum, *per textum expressum in l. ultim. ff. de negot. gest.* Et ratio est: quia dominus agendo adversus gestorem ratum habet, quod ipse gessit: quæ ratio habitio negocium illud omnimodò domini efficit: quod etiam ab initio revera erat domini, sed non ipsius contemplatione gestum, *l. si pupilli. 6. §. item queritur. 9. Et §. seqq. ff. d. tit.* Hæc ratio, cum sit generalis, ostendit: gestorem, qui re ipsa alienum gessit negocium, cum suum se gerere putaret, teneri, siue causa lucrativa fuerit, siue onerosa: *ut rectè sentit Jacobus Cujac. tractat. 8. ad African. in princip. ubi dicitur. l. final. ff. de negot. gest. non minus eleganter, quam doctè*

66 explicat. Ex adverso autem hæc actio locum non habet, si quis gesserit negocium, quod alienum esse existimavit, cum esset suum. Hujusque ratio evidens: quia bona fides non patitur, ut ei, cujus negocia opinione tantum gesta sunt, & cujus nihil interest, gesta vel non gesta fuisse, adversus gestorem actio concedatur, *argum. l. actio negociorum. 42. in princ. ff. eod.* Sed & negociorum gestorem ob illa absentis negocia, quæ non gessit, teneri iniquum videtur, *argum. l. tutores. 39. §. qui se negociis. 2. in fin. ff. de administrat. Et peric. tutor. Et d. l. tutori. 20. Cod. de negot. gest.* quibus in locis hæc ratio adducitur: quia satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. Idemque confirmat *l. qui proprio. 46. §. 1. ff. de procurator.* ubi ita Cajus Juriscons. respondet: *Et, qui defendit eum, cujus nomine ipse non agat, liberum est vel in unam rem defendere.*

68 Nec adversatur *d. l. si pupilli. 6. §. videamus. 12. ff. de negot. gest.* ubi apertè dicitur, negociorum gestorem teneri ob ea quoque negocia, quæ non gessit, *Et l. in commodato. 17. §. sicut. 3. vers. ut accidit. ff. commodati.* ubi statuitur, cum peritura negocia non impune deletere. Nam ad harum legum veram conciliationem nihil accommodatius & convenientius hac distinctione esse reor. Aut quis incepit gerere negocium, & postea illud omisit: & de illo tenetur, *d. l. in commodato. 17. §. sicut. 3. ff. eod.* Aut non incepit: & tunc aut ab initio accessit, ut omnia gesturus, & de omnibus tenetur, *l. Pomponius. 15. in fin. cum l. seq. ff. de negot. gest.* Aut non accessit, ut gesturus omnia, sed ut gesturus quædam: & tunc aut alius fuisset gesturus omnia, nisi ipse accessisset: & tenetur de omnibus, *d. l. si pupilli. §. videamus. 12. ff. d. tit.* Aut alius non erat gesturus: & tunc non tenetur, nisi de his, ad quæ gerenda accessit, *d. l. tutori. 20. C. de negot. gest.* Et ita distinguunt, sentiuntque (*remota Guilielmi de Cabriano opinione*) Joannes, antiquissimus & subtilissimus Interpres ac Glossator, Accursius & Bartolus *n. 2. in d. l. tutori. 20. Cod. eod.* Jul. Pacius *cent. 2. in variis quæst. 54.* hosque allegans Arumæus *Exercitat. Justinian. 15. thes. 12.* Atque huic distinctioni noviter quoque calamum applaudentem porrigit D. Martinus Rümelinus, Gener mihi charissimus. *Exerc. 16. ad Inst. sub th. 2. lit. c. in fine. p. 146.*

69 Illud obiter hic tenendum est: quod is, qui negocia gerit aliena, si pecuniam in suos usus convertat, maximas, id est, centesimas usuras præstare teneatur, *l. qui sine usuris. 38. vers. quoniam, Et c. ff. de negotiis gestis.* ubi hæc ratio additur: *quoniam ob licentiam, qua abutitur, dum sibi nummos alienos accipit, maximis usuris vice pœna subicitur.* Eodem confert *l. ult. ff. de ritu nupt.* ubi is, qui clam aliquid facit, vel delinquit, majore pœna afficitur, quam qui palam. At qui negociorum gestorem, utpote nullum mandatum habentem, clam administrare in propatulo est. Igitur merito maximas usuras præstare compellitur.

70 Cui non contrarium est, quod dicitur *in l. idemque. 10. §. si procurator. 3. vers. quod si non. ff. mandati.* eum, qui pecuniam alienam in suos usus convertit, conveniri in usuras non maximas, sed modo legitimo in regione frequentatas. Rectè namq; distinguitur inter negociorum gestorum, qui mandato caret, & procuratorem, qui domini

mandato negocia administrat. Procurator enim eas usuras præstat, quæ in regione frequentantur: negociorum autem gestor debet maximas usuras. Differentiæ ratio jam nota est: quia gravius peccat is, qui sponte sua clam & domino ignorante negocia gerit, quam is, qui palam mandatu domini ad ea gerenda accedit: & minorem in his negociis ac rebus domini auctoritatem habet negociorum gestor, quam procurator. Ideoque magis ignoscimus procuratori, qui quodammodo habet voluntatem domini, quam negociorum gestori. Licet enim dominus procuratori non mandaverit, ut pecunias converteret in usus suos: tamen mandavit, ut pecuniarum curam haberet, easque administraret: cum negociorum gestori neutrum mandatum fuerit. Ita docent ibi (*repu- diato Rogerii glossmate*) Accursius in resolutione prima, Jacobus de Raven. Et Cynus, item Julius Pacius *d. cent. 2. q. 65.* Paulus Berens *d. diffut. 12. ad Inst. them. 3. q. 3.* Hieronym. Trentl. *d. diff. 10. th. 4. vol. 1. ibique in sua resolut. Hunnius, pag. 718.*

Non omittenda hoc loco illa satis dubia quæstio est: 71 an correo, qui totum debitum solvit, adversus correum competat negociorum gestorum actio? Et non competere (ut ut ogganniat Accursius *in l. 2. Cod. de duob. reis stipulandi.* & Molinaus *ad l. Modestinus. 76. n. 5. ff. de solution.*) inde manifestum est, quod hæc actio non competit ei, qui suum negocium gessit, *l. creditor. 60. §. 1. vers. item quæsitum est. ff. mandati.* Atqui correus tenetur suo & proprio 72 nomine totum debitum solvere, non solum si correum habeat, qui sit utiliter obligatus creditori; sed & si obligatio correi non subsistat, *l. in duobus. 3. §. 1. l. duos. 6. §. 1. l. si ex duobus. 12. §. 1. ff. de duob. reis constituend. l. si duo. 128. ff. de verb. obligationib.* Hincq; est, quod generaliter prodi- 73 tum legimus, negociorum gestorum actionem ei dandam non esse, cujus pecunia ad suum creditorem pervenerit, licet alienum voluerit gerere negocium, *l. si liber homo. 36. in postremis verbis, quæ desinit competere, si creditori ejus soluta sit. ff. de negot. gest. l. cum pecuniam. 43. ibi, ejus nomine solveres. Et l. mandasti. 46. in princ. vers. si verò propterea. ff. eod. tit.* Accedit, quod etiam cum quis alienum negocium gerit, si tale illud sit, ut nec suum proprium possit explicare, nisi alienum quoq; gerat, negociorum gestorum agere nullo modo potest, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. ibi, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: Et ideo negociorum gestorum actio ei non competit. ff. famil. ercisc.* Tunc etenim solum competit negociorum gestorum actio, ob id, quod in re communi gestum est, cum potuit socius partem suam ita administrare, ut socii quoq; partem administrare non cogeretur, *l. si communes. 40. in fin. ff. de negot. gest. l. si quis putans. 6. §. siue autem. 2. vers. hoc autem Et vers. ceterum. ff. communi divid.* Atqui verò non auditur correus, qui partem duntaxat debiti offerat. Igitur siue suum, siue commune gerat negocium, cum totum solvit: nullo certè jure ei adversus correum agere negociorum gestorum licebit. Et pluribus hanc defendit sententiam Antonius Faber *lib. 11. conjecturar. cap. 7.* eumq; referens Paulus Berens *d. diffut. 12. them. 3. quæst. 2.*

Cui non refragatur, quod correus, qui nihil solvit, per- 74 inde obligatus sit in solidum, atque is, qui solvit, & quod solutione hujus negocium utiliter gestum sit: adeoque liget urgente necessitate, vel necessitatis suspitione eventum sit, ut alterius negocium gereretur: nihilominus tamen negociorum gestorum actioni locus relinquatur, *l. ait prator. 3. §. hac actione. 10. ff. de negot. gestis.* Quod enim dicitur, locum esse actioni negociorum gestorum, etiam si necessitate aliqua, vel necessitatis suspitione urgente, alienum quis negocium gesserit, facilem habet responsionem. Id namq; intelligi debet de negotio, quod quis necesse habuerit, aut putaverit habere necesse pro alio gerere, pro se autem nullo modo. Exemplum accommodatum sumi potest *ex l. curatorem. 6. Cod. d. tit. in curatore, qui testamento, aut alia ratione inutiliter datus minoris negocia gessit.* Hic enim interdum necesse habere gerere, puta si agnoverit legatum, sibi eodem testamento relictum, *l. ult. ff. de confirmando tutore.* Et quamvis aliàs necesse non habeat: si tamen gesserit, cum putaret cogi se posse, ut gereret: æquum est, ei dari actionem negociorum gestorum.

- gestorum, in eumque vicissim, d. l. 6. C. de negot. gest. Idem in cujuslibet curatoris heredibus tractari poterit, si quid ipsi post curatoris mortem gesserint per juris imperitiam, quasi obligati: cum in eos administrationis officium non transeat, l. curatoris, 17. Cod. eod. tit. Cæterum nil ista res ad quæstionem nostram pertinet, quia quod unus ex correis commune debitum cogitur totum solvere, non fit, ut alienum negotium gerat, sed ut suum proprium: quam rem omnino excludere actionem negotiorum gestorum, relucet ex d. l. creditor, 60. §. 1. ff. mandati.
- 76 Minus refragatur, quod cum contutori adversus contutorem, & magistratui adversus Collegam negotiorum gestorum actio competat, si quid unus pro altero præstiterit, tametsi in solidum singuli essent obligati, l. ex facto, 30. ff. de negot. gest. eadem ratione etiam correo adversus correum competere debeat. Nam id, quod curator Reipublic. constitutus ad siliginem emendam præstare coactus est ob culpam subcuratoris, ideo repetit actione negotiorum gestorum, quod licet solvere cogatur proprio nomine, tanquam obligatus ex facto subcuratoris: præstat tamen ob factum ipsius subcuratoris, cui soli culpam suam nocere æquum est. Id quippe est quod Julianus illic ait: *ut ei id salvum esset, quod causa ejus damnum cepisset.* Ast alia correorum debendi ratio est: qui idcirco negotiorum gestorum actione invicem experiri nequeunt: quia non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum conveniuntur, §. ex hujusmodi, 1. supr. de duob. reis stipulandi. l. 2. d. l. 3. §. 1. l. eandem, 9. §. ult. & l. fin. & passim. ff. de duobus reis constituend.
- 78 Multo minus refragatur l. actio, 47. in princip. ff. de negot. gest. ubi generaliter scriptum est, negotiorum gestorum actionem omnibus dari, quorum interest eo judicio experiri. Etenim hoc ita accipiendum est, ut nihil referat, directa quis, an utili negotiorum gestorum actione experiat: quemadmodum lex subjicit. Sed tamen illud etiam omnino requiritur, ut cætera omnia concurrant, quæ ad ejusmodi actionem dandam sunt necessaria: inter quæ sanè vel illud maximè unum est, ut alienum negotium actor gesserit, non proprium; & alterius obligandi, non proprii aut communis negotii expediendi gratia, l. in hoc judicium, 14. §. 1. vers. at cum puto. & l. si quis, cum, 29. ff. communi dividundo. Idque exquisitiùs latiusque persequitur Anton. Faber, d. lib. 11. conjectur. capit. 7. Cui quoque subscribit Dn. Collega Bocer. hic numer. 67. cum seqq. pag. 495. & Dn. Rümelin. d. Exercitat. 16. ad Institut. sub tit. 2. lit. d. ad finem, pag. 147. Atque hæc de actione directa.
- 79 Contraria negotiorum gestorum actio tribuitur ipsi gestori, contra dominum, ad præstandum, quidquid gestionis ratione ille utiliter impendit, vel amittit, l. 2. in fine l. at qui, 19. §. non tantum, 4. l. si quis negotia, 25. l. ex duobus, 27. l. que utiliter, 45. ff. de negot. gest. l. si servum 10. & l. ob negotium, 18. Cod. eodem tit. Ratio hujus actionis contrariæ est æquitas naturalis: ne scilicet gestori suum officium sit damnosum, l. sed si quis, 7. ff. testament. quemadmod. aperiant, l. si verò, 12. §. si mihi, 9. ff. mandati. & ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti sunt, negotia deserantur, & dispereant, hoc §. nostro vers. idque utilitatis causa & l. 1. ff. de negot. gest. l. si quis absentis §. in princ. ff. de obligationib. & actionib. Adeo autem dominus negotiorum gestori obligatur, ut hoc verum sit, etiamsi eventus minus feliciter responderit, vel res interierit, modò gerere ab initio utiliter cæperit, l. sed an ultro, 10. §. 1. l. successori, 12. §. ult. l. si hereditaria, 22. ff. de negot. gest. Nihil porro refert, quoad actionem negotiorum gestorum gestori dandam, an negotia alicujus ab initio fuerint, an verò ex post facto ejus effecta sint. Ideoque quæstio hinc valde perplexa & intricata suboritur: an si id, quod nomine absentis gestum fuerit, postea ratum is habuerit, actio mandati, an negotiorum gestorum competat? Ad quam quæstionem brevibus expediendam non ineptè distinguitur: ut ex ratihabitione nascatur actio mandati, si meum negotium mea contemplatione fuerit gestum, l. licet, 56. ff. de judic. l. ult. C. ad S. C. Macedon. l. semper

qui, 60. ff. de regul. jur. l. donationes, quas parentes, 25. C. de donat. inter vir. & uxor. c. ratihabitionem, 10. de reg. jur. in 6. actio verò negotiorum gestorum tunc comperat, quando vel meum negotium non meo nomine gestum est, vel alienum negotium gestum est meo nomine, l. si pupilli, 6. §. sed si ego, 6. §. item queritur, 9. & §. seq. l. Pomponius, 9. ff. de negot. gest. l. si is, qui, 50. in princip. ff. mandati, l. ei, qui servo, 7. C. quod cum eo, qui in aliena potestate est, &c. Idcirco autem, si non fuit negotium ratum habentis, quamvis ejus nomine siue contemplatione sit gestum, non potest habere vim mandati ratihabitionis: quia necesse est, ut ratihabitione prius faciat negotium ejus, qui ratum habet, quam ut mandato æquiparari possit: quandoquidem nemo creditur mandaturus alicui, ut aliena gereret negotia, quod neque hunc facturum fuisse ex eo clarè constat, quod negotium non suum ideo voluit habere ratum, ut faceret suum. Non potest autem una eademque ratihabitione simul facere, ut negotium, quod ratum habeo, fiat meum, & ex meo mandato gestum videatur. In iis enim, quæ ordinem faciendi requirunt, & à voluntate hominis, non à lege pendent, non possunt duæ res diversæ fieri uno eodemque actu, at neque per fictionem induci. Ita disertè tradit Antonius Faber in rational. ad d. l. 6. §. 9. ff. de negot. gest. Eadem de re videantur Julius Pacius d. cent. 2. quest. 53. Forster. junior. lib. 4. disput. 6. thes. 2. sub lit. B. Joannes Robertus lib. 2. sentent. cap. 6. Trentler. d. disput. 10. thes. 6. ad lit. B. ibique Hunnius in sua resolut. pag. 728. & seq. Planè, interdum licet quis negotium utiliter gesserit: non tamen ei obligatur ille, cujus negotium gestum est: veluti si te prohibente negotia tua quis gesserit, l. si pro te, 46. ff. mandati, l. ultim. Cod. de negot. gest. Petrus Franciscus Linglois decis. 1. quest. 2. aut quisquam alius gratis in negotia tua sumptus facere paratus fuerit, argum. l. 2. in fine. Cod. eod. vel gestor animo donandi sumptus pro altero fecerit, puta pietatis affectione ac respectu, vel amicitia ductus, aut officii & obsequii ratione, l. ex duobus, 27. in fine. l. Nescimus, 34. l. is, qui, 44. ff. d. tit. l. que pater, 50. ff. famil. ercisc. l. 1. l. officio, 5. l. alimenta, 11. l. si filius, 12. l. quod in uxorem, 13. & l. si pater, 15. Cod. de negot. gest. At quid dicendum, si in re communi unus dominorum prohibuit administrationem, alter verò non prohibuit: anne is, qui non prohibuit, actione negotiorum gestorum de impensis tenebitur? Et quod adversus hunc, qui gestionem non prohibuit, detur actio negotiorum gestorum, patescit ex l. si autem is, 8. §. fin. ff. eod. tit. In cujus specie cum ad duos socios negotium pertineret: uno prohibente, altero non prohibente, Titius negotium gessit. Ergo is, qui non prohibuit, merito negotiorum gestorum Titio tenetur, nec debet liberari facto alieno, id est, eo, quod socius prohibuit, ne Titius gereret: quoniam hujusmodi facto, hoc est, prohibitione loci, non satisfacit Titio creditori, nec dici potest, Titium consensisse, ac voluisse unum liberari, eo quod alter gerere prohibuit, ut scitè explicat Pacius d. cent. 2. sub quest. 55. Itaque datur adversus eum, qui non prohibuit, negotiorum gestorum actio, quemadmodum si ejus solius negotia gesta essent, sed pro parte duntaxat, hoc est, ita tamen, ut neque conveniatur pro parte socii, qui prohibuit, neque rursus is, qui prohibuit, ulla ex parte, siue per socium, siue per se ipsum, aliquid damni sentire possit, d. l. 8. in fine ff. d. tit. ibique Ant. Faber in suis Rational.

§. Tutores quoque, 2.

Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligari esse intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur) sed quia sanè non ex malefico tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.

S U M M A R I A.

- 1 Administratio tutela cur sit quasi contractus.
- 2 Omnis contractus verus est voluntarius.
- 3 Tutela est munus publicum atque necessarium.
- 4 Tutela contractibus annumeratur improprie & abusive.
- 5 Administratio tutela describitur.
- 6 Tutor principaliter datur persona: per consequentiam rebus.
- 7 Actio tutela duplex: directa, & contraria.
- 8 Directa cui competat, contra quem, & quid.
- 9 Cur finita demum tutela, rationem administrationis sue reddere tutor cogatur.
- 10 Hodie tutores singulis annis rationem administrationis reddere tenentur.
- 11 Rationum redditio quid complectatur.
- 12 An tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis.
- 13 In directam tutela actionem quid veniat.
- 14 Intellectus l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor.
- 15 Contraria tutela actio cui detur, in quem, & de quibus.
- 16 Ut lucrum facere ex tutela non debet tutor; ita nec damnum sentire.
- 17 Cur prator actionem tutela contrariam introduxerit.
- 18 Actio ista perpetua est, & in heredes transitoria.

Secunda species quasi contractus est, tutela sive administratio tutela, hoc §. nostro & l. si quis absentis. 5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Ratio, cur tutela seu administratio tutela sit quasi contractus, hæc redditur: quia verus contractus negotium, id est, conventionem & tractatum inter partes requirit, l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. l. Titius. 54. vers. propter huiusmodi tractatus. ff. ad SC. Trebellian. Ast inter tutorem & pupillum nihil actum est, nihil tractatum, ut indicat hic Justinianus, & **Cajus** in d. l. 5. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Addi potest & hæc ratio: quia omnis verus contractus est voluntarius, l. sicut. 5. Cod. d. tit. pulchrè Aristotel. lib. 5. Ethicor. eumque referens hic Giphanius. Tutela autem est necessarium atque publicum munus, l. tutori. 20. Cod. de negot. gest. initio tit. supr. de excusat. tutor. vel curat. ubi id explicatum fuit. num. 14. Rursus ex maleficio quoque vel quasi maleficio, tutores obligati non sunt: quia tutelam gerere, resque pupilli tueri, maleficio non est, sed potius beneficium, argum. huius §. vers. sed quia sanè, & c. Schegk. in delib. jur. disp. 20. th. 4. ad lit. B. Mynsinger. hic num. 2. lit. C. Videtur tamen ex utriusque tam pupilli, quam tutoris parte fictus quidam consensus intercedere: ac proinde obligatio, quæ descendit ex eo, quod quis tutelam alicujus gessit, ex quasi contractu procedere dicitur. Nec moverit in contrarium, quod tutela contractibus annumeratur, in l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. ex contractibus. 49. ff. de obligat. & actionibus. Hoc enim non fit ex proprietate verbi, sed per abusionem & improprie, ut & de negotiorum gestione monitum supra §. proximo. n. 3. **Titus Faber** disp. 25. ad Institut. Imper. th. 2. lit. a. Sic quod traditur, omnem obligationem pro contractu haberi: id non proprie sed improprie & abusive accipiendum est, l. omnem. 20. ff. de judic. Est igitur administratio tutela quasi contractus, quo tutor, ad personam, & consequenter etiam res pupilli fideliter regendas, constitutus obligatur. Tutor siquidem principaliter personam pupilli tueri atque defendere tenetur, l. certarum. 22. & l. quia persona. 14. ff. de testament. tutel. quanquam per consequentiam, bonorum quoque administratio ad illum pertineat, §. item tria. 5. supr. de excusat. tutor. vel curat. l. cum plures. 12. §. cum tut. 3. ff. de administrat. & peric. tut. **Ant. Fab. tom. 1. Jurispr. Papin. tit. 12. princ. 1. illat. 2.** Ex isthac autem obligatione actio promanat, quæ tutela vocatur: eaque duplex est; directa, & contraria, hoc §. nostro vers. non tantum. d. l. si quis absentis. 5. §. 1. vers. & hoc autem. ff. de obligat. & actionibus. tot. tit. ff. de tutel. & rationibus. distrahend. & tit. seq. de contraria tutela, & utili act. Directa tutela actio pupillo, finita demum tutela, competit con-

tra tutorem; ut administrationis suæ rationem reddat, §. ult. supr. de Attiliano tutor. l. 1. in princip. §. officio. 3. & §. fin. l. nisi finita. 4. l. si tutor. 9. §. ultim. cum l. seq. l. si tutor. 13. & l. cum tutor. 18. in fin. ff. de tutel. & rationibus. distrahend. l. tutorem. 9. C. arbitrium tutela. Cur finita demum tutela rationem tutor reddere cogatur, causa hæc est: quia, inquit Ulpianus, absurdum est, à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat, d. l. si tutor. 9. §. & generaliter. 4. vers. absurdum. ff. de tutel. & rat. distrahend. Hodie sanè constitutione Politæ Caroli V. Imperatoris, in Comitibus Augustanis Anno 1548. celebratis promulgata, & in Comitibus Francofurtensibus Anno 1577. à Rudolpho II. aucta & confirmata, utiliter & sancitum est: ut ad requisitionem Magistratus tutores singulis annis calculum administrationis ponere cogantur. *Qua de re videatur Heigius part. 1. quest. 20. numer. 41. cum seq. & in hoc §. num. 5. nec non Moller. lib. 1. Semest. cap. 8. num. 4. & indicatum supr. in d. §. ultim. de Attil. tutor. numer. 9.* Rationum autem redditio duo maximè complectitur: I. Ut tutor rationes legendas offerat, & discutendas cum universo actus sui instrumento: ut examinari possint computationes; probè, an improbè referantur: & an accepta rectè sint, nec ne, relata. II. Ut reliqua, quæ ex rebus pupillaribus supersunt, bona fide reddat, atque persolvat: nec alterum sine altero sufficit, l. cum servus. 82. & l. qui sub conditione. 111. ff. de condit. & demonstrat. l. si statulibera. 6. §. ultim. ff. de statulibera. l. si uia fuerit. 13. §. hac question. ff. de manumiss. testament. l. non solum. 8. §. is, qui reddere. ff. de liberat. leg. Molin. in consuetud. Paris. t. 1. §. 6. gloss. 6. n. 15.

Quæri hoc loco non incommode poterit: an tutor vel curator cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis? Et cogi posse, respondit Socinus senior *consil. 24. lib. 1.* hoc fundamento innixus: quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè opponitur compensatio, l. ultim. Codic. de compensationibus. Sed hoc fundamentum valde infirmum esse, asserit **Fachinæus lib. 8. controvers. jur. cap. 58.** Negari enim optima ratione potest, debitum tutoris & curatoris liquidum esse: quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit: potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi in utilitatem & necessitatem pupilli vel adulti. Quare iniquum est, priusquam reddat rationes administrationis suæ, ex quibus apparebit, an sit debitor, vel creditor, eundem compelli ad reddendam pecuniam. Atque ita docuerunt **Alexander consil. 192. lib. 7. Anchoranus consil. 235. Cravetta consil. 275. num. 13. Cavalcanus de tutore & curatore. num. 214. eosque citans Fachinæus dicto loco.** Quibus subscribunt quoque **Matth. Steph. cent. 3. quest. 92. lit. A. Philipp. Hænon. disp. 17. ad Inst. controvers. 18. Dn. Collega Bocer. hic num. 29. & seq. pag. 500. itemque Richter. in tract. de contractibus. disp. 13. th. 2. sub lit. n. pag. 384.**

Cæterum in hanc tutelæ actionem directam regulariter venire dolum, latam & levem culpam, levissimam non item (licet **Harmenopolus** aliter sentiat, lib. 6. Epitom. tit. 2.) verius est, *l. eum, qui. 4. & l. quicquid. 7. C. arbitrium tutel. l. 1. in princip. l. cum tutor. 18. vers. quod autem. ff. de tutel. & rationibus. distrahend. l. sine herede. 32. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si liberti. 10. & l. si tutoris. 23. Cod. eod.* Eadem enim diligentia à tutoribus circa administrationem rerum pupillarum præstanda est, quam paterfamilias rebus suis ex bona fide præbere solet, l. à tutoribus. 33. in princip. ff. de administrat. & peric. tutor. d. l. 1. in princip. ff. de tutel. & rationibus. distrah. Non est igitur audiendus tutor, cum dicat, ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, si arguatur, eo tempore suam pecuniam bene collocasse, *aut. Cajo in l. tut. 13. §. 1. ff. de administrat. & peric. tutor. Donell. lib. 15. Commentar. de jur. civil. cap. 20. pag. 437. ibique Hilligerus in suis notat. ad lit. B.*

Neque obstat l. tutoribus. 4. C. de peric. tutor. ex qua

S U M M A R I A.

omnis, sicque levissima etiam culpa videtur præstanda esse: cum Imperatores in illa, fortuitos casus à tutore non præstari debere, autument. Nam in Constitutionibus Imperatorum in Codicem relatis non semper, ut in Digestis & Institutionibus, proponuntur juris regulæ: sed ut plurimum rescribant Imperatores ad facti species, certis circumstantiis limitatas, de quibus amplius, quam quod ipsis fuit propositum, definire opus non fuerit, ut monui supra §. proximo. num. 92. Quod idem in d. l. 4. accidisse, ut tantum de casu fortuito quæstio fuerit, non vero de levissima culpa, affirmare nihil impedit. Ast ex Imperatorum constitutionibus à contrario sensu, item ab inclusione unius ad exclusionem alterius, & contra ab exclusione unius ad inclusionem alterius argumentari, valde periculosum est. Id enim si concedatur: parum aberit, quo minus certissimæ juris nostri regulæ pleræque subvertantur. Vult. lib. 1. disceptat. Scholast. c. 15. pag. mihi 171. Pet. Faber, M. Anton. Delrio c. 13. circa finem, & D. Bocer. c. 4. n. 108. & seq. edit. 2. ad l. contractus. 23. ff. de reg. jur. & in hoc §. num. 23. p. 499. Hucque referri possunt, quæ annotavimus ad §. cum ergo. 7. supr. de Attiliano tutore. num. 4. & aliquot seqq.

15 Contraria tutelæ actio tutori datur, in adultum jam pupillum, de his, quæ propter tutelam absunt: dummodo ex officio sumptus fecerit, vel obligatus sit, hoc §. nostro in fine. d. l. si quis absentis. §. 1. ff. de obligation. & actionib. l. 1. l. 3. §. 1. & tot. tit. ff. de contrar. tutela, & utili act. l. 2. in princ. ff. ubi pupillus educari, vel morari deb. sine herede. 32. §. Lucius 6. l. à tutoribus. 33. §. fin. & l. Lucius. 46. §. ult. ff. de administr. & peric. tut. l. sumptus. 3. Cod. eodem. Donell. d. lib. 15. Commentar. de jur. civ. c. 21. Ratio ejus est perspicua, quia ut lucrum facere ex tutela tutor non debet: sic neque damnum sentire, l. sed si quis. 7. ff. testam. quemadm. aperiunt. l. qui negotiationem. §. 8. in fine principii. ff. de administrat. & peric. tutor. l. si quis putans. 6. §. 2. ibi, neque lucrum, neque damnum. ff. communi dividund. Atque hanc ob causam prætor actionem istam in usum induxisse putandus est, ut nempe facilius ad administrationem accederent tutores, & promptius de suo aliquid impenderent, scientes, pupillum quoque sibi rursus obligatum fore, & se recepturos, quod impendissent, l. 1. in pr. ff. de contraria tutela, & utili act. Cæterum de modo & æstimatione harum impensarum pupillarium, & qua ratione probentur, latè tractat Johannes Garfias in tract. de expens. & meliorat. cap. 20. num. 7. cum seqq. & num. 16. cum seq. & Molin. dd. consuetud. Parisiens. tit. 1. §. 6. glos. 6. num. 19. & seqq.

18 prout eos refert Heigius hic num. 8. Sanc hanc actionem tutelæ contrariam esse perpetuam, palam est: & heredi, & in heredem dari, cæterosque successores: & ad quos ea res pertinet, & in eos, l. quid ergo. 3. §. ult. ff. de contraria tutela, & utili act. Hac tamen actione tutor salarium pro administrationis opera petere nequit: nisi sit ab eo, à quo datus est, constitutum, d. l. à tutoribus. 33. §. fin. ff. de administr. & peric. tutor. Porro de isthac actione differant uberius Anton. Faber. tom. 1. Jurisprud. Papinian. tit. 12. princip. 9. illat. 19. & 10. & seqq. & Petrus Gregor. lib. 13. syntagm. juris univers. c. 12.

§. Item si inter. 3. & §. idem juris. 4.

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset: & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia ex maleficio non tenetur: quasi ex contractu teneri videtur.

§. 4. Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.

- 1 Tertia quasi contractus species consistit in rerum communione, sine societate. Ibiq. Iustinianus à censura Boceriana vindicatur.
- 2 Quando societas contracta vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur.
- 3 Emptio rei unius à duobus facta, num. communionem simplicem, an verò societatem arguat.
- 4 Consideratio l. 2. ff. communi dividundo, & l. 2. C. pro socio.
- 5 Actio pro socio non nisi inter socios locum habet.
- 6 Mens & intellectus l. ut sit. 31. ff. pro socio.
- 7 Sententia l. nam, cum tractatur. 32. ff. eodem.
- 8 Quæ tacite in bona fidei judiciis aguntur, aque valent, ac si expresse acta fuissent.
- 9 Communio rerum definitur, & dividitur in communionem familiæ, & communionem rerum singularium.
- 10 Communio familiæ est inter coheredes.
- 11 Coheredes hoc loco qui dicantur.
- 12 Istius communionis obligatio duas partes habet: ipsarum rerum divisionem, & personalium prestationum communicationem.
- 13 Quæ res in divisionem veniat, vel non.
- 14 Quæ prestationes personales ex familia cummunione promanent.
- 15 Istis prestationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: & similia.
- 16 An filius in istam divisionem conferre teneatur sumptus, quos pater ipsi, tum in Patria, tum peregrina Academia, literis operam danti, subministravit.
- 17 Consideratio l. quæ pater. 50. ff. famil. erciscund.
- 18 Ecquid pater ad sumptus, studiorum causa filio suppeditandos omni jure obligetur, remissive.
- 19 Conferuntur in illam divisionem, quæ pater filio suo militi dedit.
- 20 Actio familiæ erciscundæ unde nascatur.
- 21 Familia verum quid significet.
- 22 Erciscere quale verbum, & quid denotet.
- 23 Familiæ erciscundæ actio civilis est, mixta, bona fidei, & perpetua.
- 24 Cui competat, contra quos, & ad quid.
- 25 In hoc judicio quis actor videatur.
- 26 Num directæ, an utilis familiæ erciscundæ actio bonorum possessori detur.
- 27 Consideratio l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. famil. ercisc.
- 28 Consideratio l. si ex asse. 40. ff. famil. ercisc.
- 29 Bonorum possessor est loco heredis.
- 30 Parentis hereditas quomodo inter fratres dividi debeat.
- 31 Nunquid familiæ erciscundæ actio prescriptione 30. annorum tollatur.
- 32 Ea actio quando nascatur.
- 33 Contra possidentem prescriptio non currit.
- 34 Nemo invitatus in communione detinendus: & num. 50.
- 35 Communio est mater rixarum & contentionum.
- 36 Pacto perpetua communio induci non potest.
- 37 Cessante ratione legis, cessat quoque ejus dispositio.
- 38 Mens & intellectus l. 1. §. 1. Cod. de annali except.
- 39 Communio rerum singularium inter quos sit.
- 40 Hujus communionis obligatio quot habeat causas.
- 41 Quæ res communes dividi possint.
- 42 Si res quadam communis commodè dividi nequeat: tota uni adjudicari, & is invicem alteri certam pecunia summam præstare debet.
- 43 Prestationes personales istius obligationis in quo consistant.
- 44 Actio communi dividundo duplex est: directæ & utilis.
- 45 Ut aque quando competat.
- 46 Si coheres vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam laesus sit: conditione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere poterit.
- 47 Et quid testatoris præcepto effici queat, ne à communione discedatur.
- 48 Argumentum à contractibus ad ultimas voluntates quando præcedat.
- 49 Intellectus l. fin. §. Lucius. 3. ff. de legat. 2. & l. Lucius. 78. in pr. ff. ad SC. Trebell.
- 50 Nemo invitatus in communione manere cogitur.
- 51 Enarratio l. 1. ff. pro socio.
- 52 Quatenus voluntas testatoris observari debeat.

Tertia quasi contractus species hic exponitur, nempe communio rerum. Etenim si inter duos res aliqua communis sit absque conventionem & animo societatis ineunda: cum uterque tantum in societatem incidet, nec alter alterum sibi obligandi ex causa communionis animum habuerit: palam est, negotium hoc non ex contractu esse: quippe nihil illi inter se contraxerunt. Sed nec ex delicto illud descendit: quia nullum maleficium patrarunt. Inde ergo à sufficiente partium enumeratione sequitur: negotium istud, sive potius obligationem, quæ sub-

oritur ex eo, proficisci ex quasi contractu, sive ad contractum societatis quasi accedere. Caterum notandum hic, Dominum Collegam Bocerum in hoc §. n. 8. p. 502. plus sapere velle ipsomet Imperatore Justiniano. Nam quando Justinianus dicit: rerum comunionem ideo quasi contractibus apponi, quia neque contractus sit, neque delictum, sub quo & quasi delictum comprehenditur: D. Bocerus hanc partium enumerationem sufficientem esse negat; adeoque Justinianum carpit, quod conventionem legitimam, sive pactum legitimum omiserit. Quod idem & supra facere ausus fuit, in tit. de obligationib. 14. §. sequens. 2. num. 4. pag. 125. ubi Justinianeam divisionem (qua obligationes dicuntur esse vel ex contractu, vel quasi ex contractu, vel ex delicto, vel quasi ex delicto) angustiorē esse dicit suo diviso. Optandum igitur esset, ut Bocerus tempore Justiniani vixisset, quo ipsius opera in conficiendis definitionibus & divisionibus uti potuisset. Verum, ne te ipsum decipias, mi Bocere: equidem hæc non serio dico. Habeo enim, quæ pro Justiniano & compositoribus Juris afferre queam. Nempe non videtur mihi verisimile: Justinianum, aut (si mavis) Tribonianum, Dorotheum, Theophilum, &c. ignorasse, ex pacto legitimo etiam oriri obligationem, arg. l. legitima. 6. ff. de pact. Cur igitur nulla in his Institutionum libris facta mentio pacti legitimi? An quia pauca admodum sunt pacta legitima? An verò, quod doctrina pactorum amplior est, quam ut tam angustis compendii hujus juridici libris contineri potuerit; aut etiam propter tyrones juris (qui multitudine ac varietate rerum onerandi non sunt, §. his igitur. 2. supr. de justit. & jur.) in his tradi debuerit? sicuti in simili loquitur Vultejus in princip. tit. supr. de oblig. num. 28. & 31. Proinde satis sufficiens fuerit hæc Justinianea partium enumeratio, pro ratione scilicet instituti & propositi Justiniani: facile ut appareat, frustra eam & sine effectu, ceu insufficientem, à Bocero notari. Sciendum igitur: res communicari vel contractu, id est, societate: de qua explicatum supra tit. 26. de societate vel sine contractu, sive quasi contractu, quæ communio dicitur, de qua hoc loco. Quando autem societas contracta, vel simplex tantum bonorum communio inter aliquos exorta intelligatur, exemplis declaratur in hoc §. nostro, & in l. 2. ff. communi divid. l. ut sit. 31. cum duabus seqq. ff. pro socio. & l. 2. C. eodem. Qua in re inter omnes Interpretes convenit: si duobus aut pluribus simul res quadam legata, vel donata, vel etiam tota hereditas relicta fuerit, nullam societatem, sed simplicem tantum rei legatæ, aut donatæ, relictaeve communionem inter eos natam esse, per jura jam allegata: cum non consensus, sed res eos conjunxerit: adeoque nulla affectione societatis in communionem inciderint, l. heredes. 25. §. non tantum. 16. in fine. ff. famil. erciscund. d. l. ut sit. 31. ff. pro socio. In duobus verò emptoribus, qui rem eandem simul emerunt, dubitatur, ut apparet ex iis, quæ annotarunt ad rubricam & principium tit. supr. de societate. Petrus Heigius num. 2. Mynfingerus num. 3. & alii. At probabilius est: emptionem rei unius à duobus factam arguere; non communionem simplicem, adeoque quasi contractum subortum; sed societatem, sicque verum contractum celebratum fuisse. Primum enim in d. l. 2. ff. communi divid. disertis verbis Cælius ita scribit: cum societate res communis est inter eos, qui pariter eandem rem emerunt: sine societate communis est inter eos, quibus eadem res testamento legata est. Deinde id ipsum sensisse videntur Imp. Diocletianus & Maximianus in d. l. 2. Cod. pro socio. ubi rescripserunt: judicium societatis inter eos dandum esse, qui conjuncto dominio eandem rem compararunt. Unde evidenter elucescit: societatem ex illa comparatione sive emptione fuisse contractam: cum actio pro socio non nisi inter socios locum habeat, l. si quis societ. 74. & pass. ff. eod. Nec audiendi sunt illi, qui in specie dictæ l. 2. Cod. dict. tit. societatem non ex eo, quod simpliciter, sed quod conjuncto dominio res à duobus comparata fuerit, ortam esse contendunt: quasi ex verbis illis, conjuncto dominio, expressè id actum fuisse, intelligeretur; ut rei comparatæ conjunctum dominium contineretur. Nam conjuncto dominio rem comparasse

dicuntur, non quod inter eos expressè actum sit, ut conjunctum dominium esset: sed quod ex sola emptione unius rei, à duobus facta, tacitè hoc actum intelligatur, & per se insit, ut conjunctum sit dominium, hoc est, ut res sit communis.

Non tueretur opinionem contrariam d. l. ut sit. 31. ff. pro socio. ubi Ulpianus ostendere videtur: si duo eandem rem pariter emerint, nullo alio argumento vel indicio societatis concurrente: eos nequaquam socios esse, sed in simplici communione rei emptæ absque societate versari. Lex etenim ista eo de casu accipienda est, in quo vel ex protestatione adhibita, vel ex aliis præsumptionibus constabat: rem eandem, citra societatis contrahendæ affectionem, à duobus fuisse emptam. Huncque verum esse illius legis sensum, evincitur ex subjecto in fine ejusdem legis exemplo: ubi ait Jurisconsultus, si à duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri: societas non contrahitur. Si emimus, inquit, non socii futuri, hoc est, si hac mentè comparavimus, ut socii futuri non simus. Igitur necesse est, ut constet, in emptione ista animum societatis inveniendæ defuisse: alias in dubio societas contracta fuisse videbitur. Multò ergo magis societas in dubio contracta esse intelligitur, quando eadem res à duobus simul, non separatim partibus, emptæ fuerit. Ex hac enim emptione, non divisim partibus facta, longè facilius societas præsumitur.

Nihil quoque contrariæ patrocinator sententiæ l. nam, cum tractatu. 32. ff. pro socio. ubi idem Ulpianus Jurisconsultus respondet: actionem pro socio dari, tractatu coeundæ societatis præhabito. Satis namque de societate contrahenda tractarunt, qui unam eandemque rem scienter simul emerunt. Et si enim hoc non fecerint expressè: tamen tacitè id fecisse existimantur, ut supra dictum. Jam verò extra omnem controversiam est: ea, quæ tacitè in bonæ fidei judiciis aguntur, æque valere, ac si expressè acta fuissent, argum. l. quia tantundem. 7. ff. de neg. gest. l. si cui. 9. vers. nam quadam in serm. tacitè excipiunt. ff. de servit. & l. 2. §. volunt. 2. ff. soluto matr. & l. cum quid. 3. ibiq. Dd. communis. ff. de reb. cred. si cert. pet.

Ex prædictis ergo apparet, quod communio rerum sit quasi contractus, quo duo pluresve, inter quos res quadam sine societate, id est, sine ulla conventionem vel consensu contrahendæ societatis, communes sunt, ad eas dividendas, & personales quasdam præstationes, sibi invicem obligantur, hoc §. nostro. 3. & 4. l. 1. l. 3. & tot. tit. ff. & Cod. communi divid. l. 1. l. item Labeo. 22. & tot. tit. ff. & Cod. famil. ercisc. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. & §. si familia. 4. cum §. seq. infr. de off. judic. Giphani. lib. 3. disput. 31. thes. 15. ibique in suis notis Oleman. num. 24. & seqq. Eaque duplex perhibetur: communio familiæ, & communio rerum singularium, hoc §. 3. & 4. tot. t. ff. & C. famil. ercisc. item tot. t. ff. & C. commun. divid. D. Collega Bocer. class. 5. disput. 58. thes. 5. edit. 2. Communio familiæ, hoc est, eorum, quæ à defuncto profecta sunt, est inter coheredes, §. idem juris. 4. hoc tit. d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. d. §. si familia. 4. infr. de off. judic. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund. Dicuntur autem hic coheredes non solum ii, quibus testamentaria; sed & quibus legitima hereditas obvenit; & non modò, qui civili, sed etiam qui prætorio jure hereditatem, sive bonorum possessionem acquisiverunt, l. 2. in pr. & §. 1. ibi, neg. bonor. poss. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. fam. ercisc. l. 1. ff. de poss. her. pet. l. 2. ff. de bon. poss. Quod si negetur coheres, qui divisionem petit ab eo, à quo petitur divisio: videndum, an possideat petitor, vel adversarius ille. Priori siquidem casu cognoscit iudex, petitor coheres sit, necne: posteriori casu incumbit petitori, ut prius contra adversarium petitione hereditatis experiat, l. 1. §. 1. ubi Gloss. & Dd. & l. fund. 51. §. 1. ff. fam. ercisc. Schneidev. in d. §. quadam act. 20. tit. de act. fam. ercisc. n. 7. & 9. infr. de act. eumq. referens D. Bocer. d. class. 3. disp. 18. th. 8. Hujus porrò communionis obligatio duas habet partes: quarum una pertinet ad divisionem ipsarum rerum: altera ad quarundam personalium præstationum inter coheredes communicationem, d. l. item Labeo. 22. §. familia. 4. ff. famil. ercisc. Donell. lib. 15. Comment. de jur. civ. c. 23. in princ.

in princip. pag. 441. Forster. lib. 4. disput. ult. thes. 2. lit. 13. D. & E. Cæterum res in istam divisionem veniunt omnes, quæ à defuncto profectæ sunt, sive earum dominium penes ipsum defunctum fuerit, sive non fuerit: veluti prædia, quæ nostri patrimonii sunt: item vectigalia, & superficiaria prædia: tum etiam res, quas alienas defunctus bona fide possedit, l. item prædia. 10. ff. famil. ercisc. licet ipsi heredes eas primum usuceperint: & licet ea à defuncto emptæ, sed heredibus traditæ sint, l. veniunt. 9. ff. eod. Partus quoque, post aditam hereditatem editus, in hanc divisionem venit, l. partum. 11. cum l. seq. in princ. ff. d. tit. ut & quod servis hereditariis ab extraneo datum est, l. & post litem. 12. §. 1. ff. eod. & nonnulla alia, de quibus in l. Pomponius. 8. §. 1. & 2. l. sed si 14. §. 1. & l. seqq. ff. famil. ercisc. & latè Iustus Mejer. in disput. ad lib. 10. Pandect. tit. 2. thes. 12. & seqq. Enimvero mala medicamenta & venena, ut & libri improbatæ lectionis, putæ magici, non debent dividi, sed protinus corrumpi, l. cætera. 4. §. 1. ff. famil. ercisc. Sed & res malo more quasi-
14 tæ, non dividuntur: sed à rebus hereditariis separatæ, restituentur iis, ad quos pertinent, d. l. 4. §. 2. ff. eod. Pacius in Method. C. eod. tit. §. 20. & seqq. Nomina item, id est, credita & debita, ut quæ ipso jure divisa sunt, hac obligatione non continentur, l. 2. §. ult. d. l. 4. in princip. l. heredes 25. 1. & ibidem Gothofred. & §. idem juris. 13. l. fundus. §. 1. circa fin. ff. famil. ercisc. l. ea, quæ 6. Cod. eod. sicut nec ea, quæ testator voluit heredes habere præcipua, d. l. Pomponius. 8. in princ. & l. si ita legatum. 42. ff. d. tit. l. penult. in fin. C. de collationibus, & plura alia,
15 quæ recenset Mejer. d. disput. thes. 15. Præstationes personales, quæ ex familiæ communionem promanant, sunt; quæ versantur tum in his, quæ ad heredes ex defuncti bonis profectæ sunt; veluti ad liberos bona profectitia: ut dos, & donatio propter nuptias à parente data, l. pactum. 3. l. filia dotem. 4. l. filia, licet. 12. l. filiam. 16. l. ut liberis. 17. l. illam. 19. & l. penult. §. fin. Cod. de collationibus, Duar. ad tit. de collat. c. 4. Cujac. lib. 3. observ. c. 30. & ad Novell. 18. Forcat. in tractat. de collat. bonor. part. 1. num. 20. Fachin. lib. 5. controvers. jur. cap. 77. & aliquot seqq. itemq; in fructibus, ab uno heredum ex re hereditaria perceptis, l. inter coheredes. 44. §. fructus. 3. & l. penult. ff. famil. ercisc. l. non est ambiguum. 9. & l. coheredibus. 17. C. eod. tit. tum in sumptibus, quos heredum aliquis bona fide in tem hereditariam fecit, l. his consequenter. 18. §. sumptuum. 3. l. ex parte. 39. in princip. & l. fundus. §. 1. in princ. ff. famil. ercisc. tum etiam in damnis, ab uno heredum in communionem factis, l. & puto. 16. §. sed & si dolo. 4. & §. seq. ff. d. tit. l. adversus. 3. l. incerti. 19. Cod. eod. aut culpa ejus etiam levi illatis, d. l. put. 16. §. 4. d. l. heredes. 25. §. non tantum dolum 16. ff. fam. ercisc. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. D. Bocer. d. class. 3. disp. 18. thes. 16. Quibus personalibus præstationibus adjunguntur etiam cautiones, quas coheres coheredi præstare tenetur: veluti si adsunt hereditaria instrumenta, eaque uni ex heredibus custodienda dentur: quoniam heres ille cautionem interponere jubetur; ut, cum res exegerit, instrumenta isthæc exhibeantur, l. si qua sunt. §. & l. seq. ff. famil. erciscund. Similiter si rem individuum defunctus alicui promiserit, ut ejus nomine singuli heredes in solidum teneantur, cautiones interponi debent; ut si quis ex iis conventus litisæstimationem præstiterit, id pro parte à cæteris consequatur, docente Paulo in d. l. heredes. 25. §. contra si promissor. 10. ff. eod. tit.
16 Sanè quæ pater filio studiorum causa peregrè agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur, l. quæ pater. §. 50. ff. famil. ercisc. l. legatis. 6. ff. de aliment. vel cibariis. leg. l. 1. §. sed an id. 16. ff. de collat. bonor. Idque explicatius persequutus sum in §. alia. supr. de donationibus. num. 55. & seqq. An autem in hanc divisionem filius conferre teneatur istos sumptus, quos pater ipsi, in Patria literis
17 operam danti, subministravit, quæri poterit? Quod licet primo intuitu affirmandum videatur, propter illa d. l. 50. famil. ercisc. verba, peregrè agenti: quasi aliud

jus esset in eo, qui non peregrè agit: contrarium tamen & æquitati & veritati magis consentaneum est. Longè quippe difficilius filio peregrè agenti sumptus à patre subministrantur, quam in patria literis operam danti. Si illos igitur sumptus non recusat pietas paterna: multò minus hosce recusabit. D. D. Rümelin. part. 2. Pandect. disput. 9. th. 19. pag. 139. Ideoque non obstant verba illa: peregrè agenti. Haud enim eò spectant; quod jus sit aliud in eo, qui in Patria literis dat operam, quàm qui peregrè: sed ne major pecuniæ quantitas, peregrè agenti subministratæ, aliquam juris diversitatem introducere credatur: & ut ita ex casu difficiliore id, quod est facilius, colligatur, ut docet eleganter Iustus Mejer. in ἀναλύσει d. l. 50. & in d. disp. ad lib. 10. Pand. tit. 2. thes. 18. & Philippus Knipschildt exercitatus Acad. 11. quest. 8. pag. 395. cum seq. Eaque de re videatur Gaspar Schifordegherus lib. 2. ad
18 Anton. Fabri tract. 23. quest. 1. 2. 3. 4. 5. & 6. ubi contra alios prolixè admodum & eruditè ostendit: patrem non solum obligari omni jure ad sumptus, studiorum causa, filio subministrandos (quod & ego demonstravi in d. §. alia. 2. supr. de donationibus. num. 98. & seq.) sed etiam in dubio præsumi de bonis suis propriis, non vero de bonis filii maternis, quorum ipse administrator est legitimus, studiorum expensas fecisse; argum. l. 1. & 2. C. de bon. matern. & l. ult. C. de dot. promiss. junctæ receptissimæ opinionem, qua causa dotis & studiorum equiparantur. Angel. & Iason. & communiter Dd. in l. 1. ff. solut. matrim. Horat. Lucius in tract. de privileg. Scholar. privileg. 31. Petr. Rebuff. in tract. de privileg. Universitatum, & c. privileg. 60. Quo facit, quod patris officio incumbat, filio sumptus studiorum causa subministrare, sicut pluribus declaravi in d. §. alia. 2. supr. de donat. num. 98. cum seqq. & in orationib. meis, orat. 23. Quilibet autem suo officio satisfacere præsumitur: & gravatus dare quid, de suo dare reputatur. D. D. Rümel. d. disput. 9. th. 18. in fine. Ne-
19 que præterea conferuntur in hanc divisionem, quæ pater filio suo militi dedit; veluti arma, & equi, l. si filius familias. 4. C. famil. ercisc. Cujac. ad d. l. 1. §. nec castrense. 15. ff. de collat. bonor. Wesenbec in Paratit. ff. de dotis collat. num. 3. & D. Bocer. d. disput. 18. thes. 19. & in hoc §. num. 21. pag. 508.

Actio, quæ ex hac nascitur communione, dicitur familia erciscundæ actio, sive judicium, §. idem juris. 4. hoc tit. & tot. tit. ff. & Cod. famil. erciscund. Familiæ ver-
20 bum, ad res relatam, hereditatem designat, l. pronunciatio. 195. §. 1. ff. de verbor. significat. l. ult. Cod. eod. Erciscundæ verò, antiquissimo loquendi modo, idem quod dividere denotat. Alii Græcum verbū esse putant, ἐκρίσειν, quod intersepire seu dividere significat, Mynsinger. hic num. 6. Schegck. in delib. jur. disput. 20. thes. 6. lit. b. Zasius & Corasius in §. quadam act. 20. & ibi ego num. 5. infr. de action. Eaque actio civilis est, l. 1. in princ. ff. famil. er-
21 cisc. mixta, id est, tam in personam, quam in rem comparata, d. §. quadam actiones. 20. infr. de actionib. ibiq; ego num. 2. & 3. bonæ fidei, §. actionum. 28. infr. eod. l. non est ambiguum. 9. C. famil. ercisc. & perpetua, d. l. 1. ff. famil. ercisc. Competit autem hæc actio coheredibus, dicitur §. 24
22 quadam. 20. infr. de action. d. l. 1. & 2. ff. famil. erciscund. adversus coheredes, sine causa rerum hereditariarum divisionem denegantes, ad hoc, ut res hereditariæ dividantur, & personalia præstentur. d. l. item Labeo. 22. §. famil. 4. ff. famil. ercisc. l. incerti. 19. C. eod. cum similib. latè Schneidevv. in d. §. quadam actiones. 20. infr. de action. n. 4. & seqq. sub tit. de actione famil. erciscund. Et in hoc
23 judicio unusquisque heredum, & actoris, & rei partes sustinet, l. 2. §. in familia. 3. l. inter coheredes. 44. §. qui familia. 4. ff. d. tit. l. judicium. 10. ff. fin. regund. Sed magis placuit, eum videri actorem, qui ad judicium provocavit, l. in tribus. 13. & l. qui appellat. 29. ff. de judic. l. 2. §. 1. ff. communi, dividund.

Cæterum cum isthæc actio etiam bonorum possessori
26 concedatur. d. l. 2. §. 1. & l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. familia. ercisc. controversatur inter Interpretes: directanè, an utilis illi detur? Et quidem non desunt, qui existimant, bonorum possessori utilem competere actionem familiæ erciscundæ, non vero directam. Schneidevv. loco præallegato

gato. Wesenb. in Parat. ff. fam. erciscund. n. 4. Myns. in hoc §. n. 7. Treutl. vol. I. disp. 19. th. 9. ad lit. E. & Elias Robert. disp. 18. ad Inst. th. 2. Sed alii rectius statuunt: directam familiæ erciscundæ actionem bonorum possessori competere, propt. text. express. in d. l. 2. §. 1. ff. fam. ercisc. ubi Ulp. ait: ideo utile familiæ erciscundæ iudicium de quarta, quæ ad aliquem ex constitutione Divi Pii adrogatum deferatur, necessarium esse: quia hic neq. heres, neque bonor. poss. sit. Unde evidenter colligere licet: quod heredi & bonorum possessori non utilis, sed directæ familiæ erciscundæ actio detur; alioqui malè & vitiose Iuriscons. inferret, 27 Nec adversatur textus in d. l. sed & ejus. 24. §. 1. ff. d. tit. ubi hæc verba leguntur: Famil. ercisc. judic. & inter bonor. poss. & inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebell. senatuscons. & ceteros honorarios successores, locum habet. Nam ex his verbis non relucet, quod utilis familiæ erciscundæ actio inter bonorum possesores sibi locum vindicet: sed generaliter iis significatur, quod actio familiæ erciscundæ inter bonorum possesores, & inter eum, cui restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano, locum habeat. Et quanquam in l. si ex asse. 40. ff. fam. ercisc. utile familiæ erciscundæ iudicium ei, cui ex fideicommissio restituta est hereditas, dari dicatur: ex eo tamen non probè colligitur, quod idem de bonorum possessore sit dicendum. Bonorum siquidem possessor licet heres non sit ipso jure: heredis tamen loco constituitur, & non usque adeo infusè heres prætorius vocatur, arg. §. quos autem solus. 2. supr. de bonor. posses. is verò, cui ex fideicommissio restituta est hereditas, fideicommissarius, & non nisi planè improprie heres appellatur, §. ergo. 6. ibi, tanquam in her. & §. sed quia stip. 7. supr. de fideicom. her. cum is, qui rogatus hereditatem restituit, heres maneat, §. restituta. 3. supr. d. tit. ubi id explic. est fusi. Atq. ita sentiunt D. Collega Bocer. d. cl. 3. disp. 18. th. 31. & D. Hunnius in res. ad Treut. dicto loco. p. 1369. & seq. ubi copiosè admod. exponit, quamam actio utilis, & quæ directæ dici queat. Hanc autem sententiam aliis quoq.; ante Bocerum, placuisse, tam certum est, quam certissimum. Ita enim disertè scribit Glossa in d. l. 2. §. 1. ad verb. heres. ff. fam. ercisc. Et nota, quod Quidam dicunt, ex eo, quod hic dicitur, quod directum iudicium familiæ erciscundæ competit etiam bonor. possessori, &c. Non igitur ægrè ferre debet Bocer. quod scripserim supra n. 26. etiam Alios ita statuisse. Cur enim ipsum solū huius sententiæ Auctorem laudarem, cum constet, & ante, & post ipsum fuisse, qui istam sententiam foverunt? 30 Porro cum inter fratres & sorores parentis hereditas dividenda est; quæri solet, utrum frater major dividere, minor eligere; an verò prius in partes, comuni fratrum & sororum arbitrio, hereditas dividi; postea sortes de singulis partibus mitti debeant: vel iudicis officio explicari hanc rem oporteat? Et responderetur: si divisio absque iudicio & privatim fiat; ex consensu mutuo, vel primam, vel alteram eligi viam posse, l. si quis iust. §. vers. si omnes. l. Lucius. 38. l. quadam. 41. vers. ex diverso. ibi, consensisse eos divisioni, & l. ult. ibi, frat. commun. her. consen. divid. ff. fam. ercisc. l. 1. l. si divis. 15. & l. coher. 27. ibi, divis. inter se facientib. C. eod. & si contentio de alterutra via incidat, ex recepta consuetudine præferendam esse primam, utpote usu & Camera Imperiali approbatam, c. 1. ext. de parochiis, & ibi Panor. n. 4. Myns. cent. 4. obs. 37. Schurff. cent. 1. cons. 71. Guido Papa in decis. q. 289. Gail. l. 2. obs. 116. n. 14. Cuj. l. 13. obs. c. 14. Rodolph. Form. l. 5. ver. quot. c. 22. Arnisaus l. 2. de Republ. c. 2. sect. 8. n. 78. Goldast. l. 1. de major. c. 27. Berlich. tom. 3. q. pract. concl. 21. Sin iudicio instituto petita sit divisio: iudicem fore divisorem, ejusq; officio totum negotium explicandū esse, verius censetur, d. l. 2. in pr. ibi, per fam. ercisc. act. d. v. her. d. l. heredes. 25. §. iudex. 20. & l. fund. 30. vers. Herenn. Modest. ff. fam. ercisc. Qua de re consulantur etiam Andr. Fach. l. 6. controuv. jur. c. 37. Matth. Steph. cent. 3. q. 94. Henning. Weg. disp. 13. ad Inst. th. 3. lit. b. & alii, ab his adduci. Videatur item Clariss. D. Befold. Collega mihi charissimus, in delib. jur. ex l. 10. Pand. t. 2. p. 575. cum seq. & in Disc. Jur. Pol. de appell. c. 7. n. 11. ubi de hereditatis divisione, per sortem facta, plura observatu per digne tradit. Et de aliis negotiis sorte definiendis dirimendisq; adeatur idem Befold. l. 1. differt. Nomicopol. diff. 4. n. 16. & l. 2. diff. 2. n. 10. nec non Iacob. Alemann. in palestra consultat. juris illustr. consultat. 4. pag. 155. & seqq. 31 In quæstionem & hoc non raro vocatur: an familiæ erciscundæ actio præscriptione 30. annorum tollatur? Et tolli, autumant Accursius, Iacobus Butrigar. Bald. & Angelus in l. 1. §. 1. vers. nemo itaque Cod. de annali exceptione, &c. & novissimè Hunnius in d. resolut. ad Treutl. p. 1366. Sed contrarium defendunt alii communiter, existimantes, quod etiam post triginta annos libere à communione quis recedere, & divisionem hereditatis petere possit, Bartol. & Cynus in d. §. 1. vers. nemo, &c. Paulus de Castro & Iason in l. si non sortem. 26. §. si centum. 4. ff. de condi. indeb. Idem Iason, n. 31. Zasius n. 10. & Schneidervv. n. 68. cum seqq. in d. §. quadam. 20. in fr. de act. Fachin. d. lib. 6. controuv. jur. c. 36. Bronchorst. cent. 2. in avt. co par. av. assert. 14. ed. 2. & Henonius disp. 17. ad Inst. controuv. 20. Quorum sententia hisce præcipue confirmatur rationibus & argumentis. I. Quia hæc familiæ erciscundæ actio prius non nascitur, quam cum coheredes dividere volunt hereditatem, l. in princ. ibi, valentibus à communione discedere. ff. fam. ercisc. Ideoq; non prius curret præscriptio contra hanc actionem, quam nata sit, hoc est, priusquam ab uno coheredu communio renunciata fuerit. Actioni quippe, quæ nondū nata est, non ullo tempore præscribi potest. II. Quia con-

tra possidentem non curret præscriptio, l. malè agitur. 2. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Atqui uterq; coheres bona pro indiviso possidet. Ergo contra ipsum præscriptio procedere nequit. III. Quia nemo invitus in communione est detinendus, l. fin. C. comm. divid. d. l. si non sortem. 26. §. si cent. 4. vers. nemo enim invitus ff. de condi. indeb. cum communio sit mater rixarum & contentionum, l. cum pater. 77. §. dulcissimis 20. in fine. ff. de leg. IV. 36 Quia pactio effici non potest, ut consortes perpetuò in communione perseverent, l. in hoc iud. 14. §. si conven. 2. ff. comm. divid. Ergo nec præscriptio hoc induci poterit, arg. l. nam satis. 6. §. 1. vers. sed si is, ff. quemadm. servit. amitt. Ioan. Petr. de Ferrar. in forma libelli, pro her. div. n. 7. V. Quia cessante ratione legis, cessat quoq; ejus dispositio, arg. l. adigere. 6. §. quamvis. 2. ff. de jur. patr. c. cum cessan. 60. ext. de appell. Atqui hoc casu cessat ratio, ob quam præscriptio inducta censetur, licium nimirum dirimendarum causa, l. ult. in fine princ. ff. pro suo. Si enim res communes nunquam dividi possent: discordiarum materia maximopere augetur, delinquendiq; occasio præberetur, arg. d. l. cum pat. 77. §. dulc. 80. ff. de leg. 2. l. in re comm. 26. ff. de serv. prad. urb. d. l. si non sort. 26. §. si cent. 4. ff. de condi. indeb. Proinde & ipsa præscriptio cessat præsertim cum hoc casu planè contrarium effectum operaretur.

Huic decisioni non obstat d. l. 1. §. 1. C. de annal. except. in qua dicitur, nullam actionem, ac nec familiæ erciscundæ, ultra triginta annorum spacium durare. Nam in ista lege expressè adduntur hæc verba: ex quo ab initio competit. & semel nata est. Nascitur autem hæc actio tum demum, cum coheredes incipiunt ad divisionem hereditatis provocare. Unde quamdiu libere & volentes in comunione persistunt, tamdiu hæc actio nasci non potuit. Zasius in d. §. quadam. 20. n. 13. in fr. de act. Deinde lex illa, quæ vetat post triginta annos iudicium familiæ erciscundæ intendere, habet locum, quando uterq; coheres non possedit, ut notavit Cost. ad d. l. 1. ff. fam. ercisc. eumque refert Bronch. d. sent. 2. assert. 14. in fine. Et licet hæc sententia Dn. Collega Bocerò displiceat in Comm. ad §. idem juris. 4. hoc tit. n. 45. & seqq. p. 511. quia tamen nihil solidi affert, ob quod opinionioni ipsius inhaerendum videri queat: merito eam repudiandam censemus. Atq; profectò non nisi ineptè dici potest: actionem familiæ erciscundæ statim ex ipsa rerum comunione nasci. Quis enim interea ejus esset effectus, aut quæ utilitas, aut quæ necessitas, antequam coheredes à communione discedere vellent? Quo respicit Cajus Iurisconsultus in d. l. 1. in pr. fam. ercisc. ubi hanc actionem non simpliciter coheredibus, sed coheredibus, à comunione discedere volentibus, constituendam fuisse dicit. Vide Bachov. in not. ad Treutl. vol. I. disp. 19. th. 8. lit. a. & b. huncque laudantem Knipfch. d. exerc. II. quæst. 9. pag. 396. cum seq. Et hæc de communione familiæ.

Communio rerum singularium est inter eos, quibus quocunq; modo res singulæ communiter obvenierunt: veluti titulo hereditatis, legati, donationis, hoc §. nostro 3. societatis l. 2. in pr. ff. comm. divid. l. pro socio. 38. §. 1. & l. si actum sit. 43. ff. pro socio. vel etiam casu, aut voluntate sociorum, §. si duor. 27. & §. seq. supr. de rer. divis. l. arbor. 19. in pr. ff. comm. divid. Comunio autem hujus obligatio duas causas continet: rerum scilicet communium divisionem, & præstationes quasdam personales, l. 1. l. per hoc iudic. 4. §. sicut. 3. l. si quis. 6. §. 1. ff. comm. divid. arg. l. item Labeo. 22. §. pen. ff. fam. ercisc. & §. quadam act. 20. in fr. de actionib. D. Heinr. Bocer. class. 3. disp. 18. th. 40. ed. 2. Ac sanè dividi queunt res communes, non solum sociorum proptiæ, sed & emphyteuticæ: quamvis rectius fecerint socii, si abstineant ab agri emphyteutici divisione, ne præstatio pensionis confundatur, l. comm. 7. in pr. & §. 1. ff. communi divid. Sed & isthac obligatione continetur res aliena, cujus nomine socii Publicianam in rem actionem habent, & quam communiter pignori acceperunt, d. l. comm. 7. §. qui in rem. 2. §. si duo sint. 6. & §. inter eos 12. ff. eod. ut & prædium, cujus in possessionem custodia causa sunt missi: multoq; magis domus, quam damni infecti nomine possidere iussi sunt: tum & ususfructus communis, d. l. 7. §. sed & si 7. cum trib. §§. seqq. ff. d. tit. Mejer. in disp. ad l. 10. Pand. tit. 3. th. 13. Quod verò communiter acquisitum est ex latrocinio, vi, aggressura, sacrilegio, peculatu; hoc obligatione non continetur: ut nec, quod communiter precario possideretur, vel ex causa locati, vel depositi, d. l. comm. 7. §. inter pradon. 4. & §. seq. & §. neg. colon. 11. ff. communi divid. Quod si res quædam communis sit, quæ divisionem commodè recipiat, veluti fundus: partes ejus singulis adjudicandæ sunt: & si unius pars prægravare videatur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. At si commodè dividi nequeat, veluti homo, aut mulus: tunc ea res tota uni adjudicari debet, & is invicem alteri certam pecuniam præstare, §. ead. intervch. §. junct. §§. præced. & seqq. in fr. de offic. jud. l. si quis putans. 6. §. officio 10. d. l. communi 7. §. 1. l. item 10. ff. communi divid. & l. 2. C. eod. Bocer. d. disp. 18. th. 44. & Mejer. d. disp. th. 17. & seq. Præstationes personales, quæ ista obligatione comprehenduntur, in eo consistunt: si sociorum aliquis in rem causamve communem sumptus fecerit: aut ex ea fructus vel mercedem perceperit, d. l. per hoc iud. 4. §. sicut. 3. §. ult. cum seq. d. l. si quis put. 6. in pr. §. 1. 2. & 3. l. in summa. 11. l. in hoc iud. 14. §. 1. ff. comm. divid. vel dolo aut culpa damnum comunioni dederit, l. in comm. 3. l. si is, eum quo. 20. l. Sabilius. 28. ff. d. tit. Quæ præstationes etiam in eo versantur: si quæ inter socios conventio interposita fuerit, veluti ut fructus alternis annis perciperent, d. l. 3. §. 1. l. si convener. 23. ff. eod. Ad personales præstationes & illud pertinet: quod pati tenetur socius, ut alter socius, cum opus fuerit, ædes communes, aut communem parietem reficiat, vel quippiam in eum immittat, l. si ædes communes. 12. ff. comm. divid. Cuiac. l. 7. q. Pap. p. 139. seq. Ut & illud: quod socius socio, cui quid adjudicatur, cavere tenetur de evictione, l. item quamvis. 10. §. ult. ff. comm. div. arg. l. her. 25. §. pen. ff. fam. ercisc. & l. si fam. 14. C. eod. itemq; de eo, quod sub conditione debetur, l. cum socii. 16. ff. comm. divid. Verum de personalibus præstationibus generaliter hic observandū: eas hac obligatione de gesto negotio eatenus contineri, quatenus suæ partis causam socii expedire gerere non potuit, d. l. si quis 6. §. si ve autem. 2. vers. hoc autem. & vers. seq. & §. si damni infecti. 7. l. arbor 19. §. si per eund. 2. ff. comm. divid. l. penult. ff. de reb. credit. si cert. pet. &c. l. si communes. 40. ff. de neg. gesti. quatenus item rem esse communem scivit, d. l. in hoc iudic. 14. in princ. & l. si quis cum. 29. ff. communi divid. D. Bocer. d. disput. 18. th. 49.

Ex hac communione descendens actio, communi dividendo

- dundo appellatur: & mixta est, d. §. *quædam actiones*. 20. *infr. de action. bonæ fidei*, §. *action*. 28. *infr. eod. d. l. in hoc iudicium*. 14. §. 1. *vers. quia bonæ fidei*. ff. *communi divid. & perpetua*, Forster. *jun. lib. 4. disp. ult. th. ult. ad lit. A*. Eaque est vel directa, vel utilis, d. l. *si quis putans*. 6. *in princ.* §. 1. *ibi, utili tamen*, §. 1. *seq. §. ex quibusdam*. 3. §. 1. *si duo*. 6. l. *in summa*. 11. §. 1. *si quis*. 29. *circa princip. ibi, nec utile dandum*. ff. *communi divid.* Directa competit, si proprietatis rei sit communis, d. l. *per hoc iudicium*. 4. *in pr. ff. d. tit. utilis verò*, si quod aliud jus commune fuerit, veluti usufructus aut pignus, d. l. *communi*. 7. §. *si duo sint*. 6. §. 1. *seq. ff. eod. l. si cuius*. 13. §. *sed si inter*. 3. *ibi, quasi communi dividendo*. ff. *de usufructu junctâ l. Lucio*. 4. *in fine*. ff. *de aqua quorund. & astiva*. Item directa locum habet, si quis sciens, sibi rem esse cum vero socio communem, quid in eam impendit, fructusve ex ea percepit: utilis, si quis putans sibi cum Titio rem communem esse, cum sit communis cum alio, tale quid fecerit, d. l. *si quis*. 6. *in princ.* §. d. l. *si quis cum*. 29. *in princ.* ff. *commun. divid.* Denique directa datur, si corpora manserint communia: utilis autem, si non manserint communia, sed vel interierint, vel ab altero socio alienata fuerint, d. l. *si quis*. 6. §. 1. *sed postquam*. 9. d. l. *in summa*. 11. ff. *eod.* Cæterum an correo, adversus corream, competat actio communi dividendo, explicat D. Collega Besoldus *in delib. jur. ex lib. 10. Pandect. tit. 3. pag. 580. & seq.* Illud porro commune est utriusque iudicii, familiæ scilicet eriscundæ, & communi dividendo: quod si coheres, vel socius aliquis in divisione ultra partem dimidiam læsus sit: condictione ex lege, ad rescindendam divisionem, agere potest: sive sine iudice, sive accepto arbitro, sive per sortem facta fuerit divisio, l. *Lucius*. 38. *in fin.* ff. *famil. erisc.* l. *si soror*. 8. *Cod. de collationib. l. majorib.* 3. *Cod. communia utriusq. iudic. ubi Bart. Bald. Sali.* & *Sichard. Schurff. cons. 28. num. 9. cent. 1. Wesenbec. consil. 74. n. 8. part. 2. Pinel. ad l. 2. Cod. de resc. vend. part. 2. c. 1. n. 4. cum seqq. & D. Bocer. d. class. 3. disput. 18. th. 52. ed. 2. Vide D. Besoldum in dictis delib. jur. ex lib. 10. Pand. tit. 2. num. 2. pag. 577.*
- 47 Quæri hic non incommode poterit: eequid præcepto testatoris effici queat, ne à communione discedatur? Et (quicquid in contrarium afferat Alexander de Imola *in d. l. si non sortem*. 26. §. *si centum*. 4. ff. *de condict. indebiti*) verius est: testatorem aut patrem non posse præcipere filiis vel heredibus, ut bona hereditaria in perpetuum non dividant. Quia bonum est argumentum à contractibus ad ultimas voluntates, *argum. l. servum filii*. 44. §. *enim, qui* 5. ff. *de leg. 1.* præsertim quando non potest reddi ratio diversitatis. Everhard. *in Topic. in loc. à contract. ad ult. volunt. n. 1.* Sed per contractus inter vivos perpetua communio induci non potest, d. l. *in hoc iudicium*. 14. §. *si conveniat*. 2. ff. *commun. divid.* Ergo nec in ultimis voluntatibus fieri potest: cum subsit eadem ratio, ne discordiæ & rixæ inter socios oriantur, d. l. *cum pater*. 77. §. *dulcissimis*. 20. ff. *de legat. 2.* Et ita sentiunt Paul. de Castr. & Jason ad d. l. *si non sortem*. 26. §. *si centum*. 4. ff. *de condict. indebiti*. Jul. Clarus lib. 3. *recept. sentent. §. testamentum. quest. 67. Schneidervv. ad d. §. quædam actiones*. 20. n. 21. & seqq. *infr. de actionib. Henon. disput. 17. ad Institut. controuv. 20. lit. B. Paulus Berens disput. 12. ad Instit. them. 3. quest. 6. & Philippus Knipschildt. exercuat. Acad. 11. quest. 7. pag. 394.*
- 48 Hanc sententiam non evertit l. *fin. §. Lucius*. 3. ff. *de legat. 2.* & l. *Lucius*. 78. *in princip. ff. ad SC. Trebellian.* ubi dicitur, testatorem posse præcipere communionem heredibus. Nam ibi divisio hereditatis non prohibetur: sed præcipitur, ut filia & uxor in communione in conferant res, ut postea æqualiter divisio fieri possit, sicut hoc importat collatio bonorum, *de quator. tit. ff. & Cod. de collat. bonor.* Deinde posito & concessio, quod illic divisio prohibeatur: non tamen in perpetuum uxor & filia dividere prohibentur. Itaque non omnis planè dividendi potestas is adempta intelligitur: cum nemo in vitus in communione manere compellatur, d. l. *fin. C. communi divid.* & dictum *suprà num. 34.*
- 49 Eidem sententiæ non repugnat l. 1. ff. *pro socio*. ubi cum societas in perpetuum contrahi possit: dicendum

videtur, quod etiam testator communionem præcipere valeat: siquidem argumentum à contractibus ad ultimas voluntates procedere, apparet ex d. l. *servum*. 44. §. *enim, qui* 5. ff. *de legat. 1.* Etenim Paulus Juriconsultus, ut semetipsum ibidem declarat, non intelligit tempus infinitum, sed finitum quamdiu scilicet loci vivant. Et sanè dubium non est ullum, quin prohibitio testatoris ad certum tempus facta subsistat, *arg. l. si qui ita*. 4. *in princip. ff. de conditionibus institutionum.* ubi testator heredibus præcipit & mandat, ne intra sedecim annos dividant. Et hanc communem esse opinionem testatur Gracius *consil. 66. num. 24. lib. 2.* eumque citans Clarus, d. *quest. 67. num. 2.*

Præterea non adversatur, quod voluntas testatoris, tanquam lex, servari debeat. *Novell. 22. cap. 2. in princ. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles.* Quia illud verum quidem est, nisi voluntas illa dispositioni juris contrarietur; aut utilitati publicæ, quæ suadet, neminem invitum in communione detineri, repugnet, l. *nemo potest*. 55. *ibique Dd. ff. de legat. 1. d. l. cum pater*. 77. §. *dulcissimis*. 20. ff. *de legat. 2.* & d. l. *fin. C. communi dividendo.* Hancque sententiam noviter quoque ita defendit. Dn. Collega Bocerius *hic num. 59. & aliquot seqq. pag. 512.*

§. Heres quoque. 5.

Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur: (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest: & tamen qui a ex maleficio non est obligatus: quasi ex contractu debere intelligitur.

S U M M A R I A.

1. Quarta quasi contractus species consistit in herede, ob adiutam hereditatem legatarius ad præstanda legata obligato.
2. Cur heres legatariis ex quasi contractu teneatur.
3. Actio legati sive ex testamento cui, & contra quem, & ad quid datur.
4. An quemadmodum legatariis, ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligetur.
5. Ex persona successorum qualitas obligationis immutari non solet.

Quarta species quasi contractus hoc loco enarratur, ¹ aditio scilicet hereditatis: quæ heres adiens hereditatem obligatur legatariis, ad præstanda sive solvenda legata, quæ à testatore sunt relicta. l. *si quis absentis*. 5. §. *heres*. 2. ff. *de obligat. & actionibus*. Wegner. *Disput. 13. ad Instit. th. 4. lit. a. & b.* Ideo autem heres legatariis ex quasi contractu tenetur: quia inter heredem & legatarios neque est contractus, neque maleficio, hoc §. nostro. Contractus non est: quia heres neque cum legatariis, neque cum testatore ullum negotium contraxit. Maleficio non est: quia heres nihil deliquit, nec propter delictum aut maleficio legatariis debet legatum. Itaque reliquum est, ut quasi ex contractu heres obligatus dicatur: cum adeundo hereditatem quasi contrahere cum legatariis videatur, l. 3. §. *ult. & l. seq. ff. quibus ex caus. in possess. eat.* Hinc actio legati, vel ex testamento, in personam descendit: quæ legatario, contra heredem, legati præbendi causa datur. §. *sed olim*. 2. *in fine. supr. de legat. ubi num. 9. & seqq. de hac, & aliis actionibus, legatario, pro consequendis legatis competentibus latius differuimus.* Cæterum an, quemadmodum legatariis; ita etiam creditoribus hereditariis, heres ex quasi contractu obligari putandus sit, controversatur: Sed probabilius est, & verius: aditâ hereditate, creditores heredem scriptum convenire debere, non ex novo quasi contractu, ex aditione hereditatis inducto: sed potiùs ex contractu antiquo, quo tenebatur defunctus, cujus personam heres sustinet & repræsentat. Nam ex persona successorum vel heredum ⁵ qualitas obligationis, qua defunctus tenebatur, immutari non solet. l. 2. §. *ex his igitur*. 2. ff. *de verbor. obligat.* Proinde si ex vero ac proprio contractu tenebatur defunctus, similiter heres quoque obligatus esse dicendus est; ut, post alios, docent Emanuel Colta *in c. si pater familias. 1. part. 2. verb. Trebellianica. num. 10. de testam. in 6. Val-*

quintus de success. creat. lib. 2. §. 17. num. 48. & 49. hosque citans Heigius in hoc §. nostro. num. 6. argumento totius tit. C. ut actiones & ab heredibus, & contra heredes incipiant. Quibus adstipulantur quoque Hermannus Vultejus hic num. 5. & lib. 1. Jurisprud. Romam. cap. 42. numer. 21. Timæus Faber Disputat. 25. ad Institut. Imperiales. th. 4. lit. c. Dominicus Arumæus Exercitat. Justin. 15. th. 13. D. Bocer. in hoc §. num. 11. & 12. pag. 514. & D. Rümelin. Exercitat. 16. ad Institut. th. 5. lit. b. pag. 148. Knipschildt. exercitat. Acad. 11. quest. 10. pag. 393. & Richer in tract. de contractibus, disp. 13. th. 3. ad lit. d. pag. 389. §. Item is, cui. 6. & §. ex quibusdam. 7.

Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiore rationem sequamur: magis (ut suprâ diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accipit, obligatur, ac si mutuū ei daretur: & ideo condictione teneretur.

§. 7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres: ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solum repeti non posse: veluti ex lege Aquiliâ, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant. Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulget, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

S U M M A R I A.

- 1 Quinta quasi contractus species, indebiti solutio.
- 2 Nemo suum iactare præsumitur.
- 3 Ad hunc quasi contractum quid requiratur.
- 4 Quodnam indebitum hic intelligatur.
- 5 Obligatio naturalis, licet non producat actionem, parit tamen exceptionem.
- 6 Quod quis sciens solvit, non repetit.
- 7 Error duplex: facti & juris, & quid uterque.
- 8 Quæ actio ex isto quasi contractu competat.

Quinta & postrema species quasi contractus, hic proponitur, scilicet, solutio indebiti. Cum enim quis indebitum, quod per errorem se debere existimat, tanquam debitum alteri solvit, etsi reverâ negotium non contrahat, nec alterum, cui solvit, ad rem indebitè solutâ restituendam obligare intendat, ut cui potius animus sit, obligationem, quàm falsò subesse putabat, distrahere, quàm novam obligationem contrahere, l. si quis absentis. §. §. is quoque, qui non debitum. 3. ff. de obligationibus & actionibus. præsumitur tamen rem indebitam solvens cum altero convenisse de re solutâ, si indebita apparuisset, sibi restituendâ: quoniam nemo suum iactare creditur, arg. l. cum de indebito. 25. in pr. vers. qui enim solvit. ff. de probationibus & l. si de eo. 40. §. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. Eoque animo præsumitur & alter accepisse solutum, ut si non esset debitum, tum illud restitueret, perinde ac si creditum sibi fuisset. Ad hunc igitur quasi contractum primò requiritur, ut indebitum solvatur. Indebitum autem hic intelligitur, quod omnino non, adeoque nullo jure, nec civili, nec naturali, debetur, l. si non sortem. 26. §. indebitum. 3. & l. in summa. 65. §. fin. ff. de conduct. indebit. Nam si vel naturaliter saltem debitum solvatur: nulla ejus est repetitio: quia tametsi obligatio naturalis non producit

actionem ad rem persequendam: parit tamen exceptionem ad rem debitam retinendam, l. naturalis. 10. ff. de obligat. & actionib. l. naturaliter. 13. l. si pœna. 19. in pr. dict. l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. l. Julianus. 60. in pr. l. si quod dominus 64. ff. de conduct. indebit. l. sed etsi. 9. in fin. & l. seq. ff. ad senatusconsult. Macedon. Deinde requiritur, ut indebitum ex errore solvatur. Etenim quod quis sciens, se non debere solvit; non repetit, l. 1. in fine. ff. de conduct. indebit. l. indebitum. 9. in pr. Cod. eod. cum id accipienti donare voluisse intelligatur, l. qui fundum. 7. §. servus. 2. in fin. ff. pro emptore. l. cuius. 53. ff. de reg. jur. Præterea requiritur, ut indebitum errore facti solvatur. Errorem quippe duplicem esse, facti & juris, plusquam manifestum est, l. 1. in princ. l. regula. 9. in pr. & §. sed facti. 2. cum §. seq. & tot. tit. ff. de juris & facti ignorant. Ille dicitur, quo quis in facto errat, existimans factum quid esse, quod tamen factum non erat: hic verò dicitur, quo quis jure quid fieri putat, quod tamen jure non sit, d. l. 1. §. 1. & passim ff. d. tit. Et hic posterior error, soluti repetitionem impedit, l. error 9. C. ad leg. Falcid. l. cum quis. 10. C. de juris & facti ignorant. l. si per ignorantiam. 6. & l. seq. C. de conduct. indebit. & tradit hic Marcellus, lateque Andreas Cludius in Commentar. de conduct. indebit. c. 1. n. 14. & subsequenibus, nec non Timæus Faber disputat. 25. ad Institut. Imperial. th. 5. ad vers. controversi hic solet, & c. itemque Justus Schütz. exercitation. jur. disput. 17. th. 10. pag. 265. & seq. Ex hoc porro quali contractu proficiscitur actio, quæ condictio indebiti vocatur: quâ quis repetit, id quod indebitè per errorem sibi solvit. Sed hanc actionem, adeoque argumentum totius hujus 6. & 7. §. abundanter exposuimus suprâ ad §. is quoque 1. tit. quibus mod. re contrahit. obligatio. Illud hic addendum, quod Donellus lib. 14. Comment. de jure civ. cap. 16. pag. 275. & seq. statuit: conditionem indebiti nasci ex vero contractu. Cujus rationes nervosè confutat Bachovius hic num. 2. pag. 837.

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

TIT. XXIX.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur: admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostrâ potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen, quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente, secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

§. 1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bonâ fide possidemus, acquiritur nobis: sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostrâ acquirant.

§. 2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.

§. 3. Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est: excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur, Titio Domino meo dare spondes? Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut suprâ dictum est.

S U M M A R I A.

- 1 Ratio ordinis.
- 2 Obligatio per quas personas nobis acquiritur.
- 3 Conditio nostra melior fieri potest per liberos nostros & servos, deterior non item.
- 4 Differentia inter liberos & servos hoc loci notanda.
- 5 Jure ff. filiusfamilias in bonis adventitiis æque, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit.
- 6 Intellectus l. profectitia. 5. & l. avus. 7. ff. de jure dot.
- 7 Intellectus l. filius. 22. §. 1. ff. de inofficioso testamento.
- 8 Recensentur plures alia persona, per quas nobis obligatio acquiritur.

DIXIT Imper. Justinianus suprâ, in tit. 9. per quas personas cuique acquiritur. lib. 2. de personis, per quas nobis res ipsæ, earumque dominia adjiciantur: hoc titulo demonstrat, per quas personas obligationes, & consequenter actiones nobis acquirantur. Acquiratur autem nobis obligatio non solum per nosmetipsos, sed etiam per liberos & servos, nostræ potestati subiectos, per principium hujus tit. Ejusque ratio est perspicua: quia per liberos nostros & servos conditio nostra melior fieri potest, deterior non item: ac proinde acquirere nobis possunt: alienare nostra, sine nostrâ voluntate, non possunt, argument. l. contra. 28. §. ult. ff. de pact. l. penult. in fine. ff. depositi l. melior. 133. ff. de reg. Est autem differentia inter liberos nostros & servos hic notanda: quod servi quicquid acquirunt, totum nostrum fiat: at quod liberi acquirunt, si quidem ex causa profectitia, id totum & in solidum fiat nostrum: sin ex obligatione, aliave causa adventitiâ: ejus quidem ususfructus nobis parentibus quærat; proprietas verò ad liberos pertineat. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. Si quid igitur servo nostro debeatur: nos soli agere possumus. Idemque est, quando liberis nostris quid ex causâ profectitiâ debetur. At si quid debeatur iis ex causa adventitii peculii: actio est communis: ita ut ipsi quidem agant consensu nostro, si nos ususfructum amplecti nolumus: nos verò agamus, filiis tamen consentientibus, si ususfructum in bonis eorum adventitiis amplectamur. l. ultim. in pr. & §. ubi §. autem. 3. Codic. d. titul. Ea itaque in parte jus Pandectarum correctum est. Isto quippe jure filiusfamilias in bonis adventitiis æque, ac profectitiis, nihil prorsus juris habuit: sed omnia patri, tam proprietatis, quam ususfructus ratione, acquisivit. Id quod vel ex pr. hujus tit. manifestè probatur: ubi Justinianus novâ suâ constitutione sancitum esse proficitur, ut filiosfamilias proprietatem in rebus adventitiis quæreretur. Idem confirmatur ex l. filia, licet. 12. vers. cum autem frater. C. de collationib. ubi ante Justinianum nulla sit differentia inter profectitia & adventitia, tantumque excipiuntur castrensia. Quod magis corroboratur ex l. fin. Cod. eod. tit. ubi novè Justinianus decidit, ut adventitia non conferantur. Ex quo sine ullo negotio colligitur, quòd ante eum talis differentia non fuerit.

6 Huic decisioni non obstat l. profectitia. 5. & l. avus. 79. ff. de jure dot. ubi cum plus juris filiafamilias in adventitiâ, quam profectitiâ dote competat: dicendum videtur, jure quoque Pandectarum discrimen inter bona profectitia & adventitia fuisse constitutum. Non, inquam, hæc leges obstant. Nam de dote duntaxat loquuntur: in quâ quidem filiafamilias speciali quadam ratione plus juris competit, si acquisita fuerit ab extraneo, quam si à parente. Idem autem discrimen, quoad cætera bona liberis, in potestate existentibus, acquisita, jure Pandectarum observatum haudquaquam fuit. Non igitur, quod singulari ratione constitutum est in bonis dotalibus, ad alia bona extendendum est, argum. l. quod verò. 14. cum duab. seqq. ff. de legib.

7 Nihil etiam resistit l. filius. 22. §. 1. ff. de inoffic. testament. ex cujus §. verbis nonnulli inferunt: patrem ibi inofficiosi querelâ egisse, nomine filii; eumque sic agentem commodum victoriæ filio parare: ac per consequens filium jure Digestorum non ex omnibus causis patri acquisivisse: sed quod ex bonis maternis obveniret, ipsius fuisse

Etenim, secundum saniorum quorundam intellectum, in specie illius legis non pater, sed filius inofficiosi egit. Quod evincitur ex illis verbis; an, quod patri datum est, publicaretur? Nam si Jurisconsultus in eo §. loqueretur de casu, quo pater nomine filii ageret, non satis conveniret dicere, an quod patri datum, publicaretur: sed diceret Jurisconsultus, an quod ei datum esset publicaretur? Ex quo dilucidè patet, verbum illud, alii, in textu positum, non ad filiumfamilias, sed ad patrem, cui ex victoriâ filii agentis commodum paratur, necessariò referendum esse. Atque ita eo textu nostra hæc, eaque receptissima Doctorum sententia, magis stabilitur, quam evertitur. Ex eo siquidem evidens est: filiumfamilias, qui adversus matris testamentum querelâ inofficiosi agit, non sibi, sed patri commodum victoriæ parare. Et hanc opinionem, utpote verissimam, pluribus juribus ac rationibus exactissimè confirmat Arius Pinellus ad l. 1. Cod. de bon. matern. part. 1. pag. mihi. 84. n. 12. 13. 14. 20. & seq. ubi simul n. 34. usque ad finem decisionem illam Imperatoris Constantini. in d. l. 1. Codic. de bon. matern. & Justinian. in d. l. cum oportet. 6. Cod. de bonis, quæ liberis, &c. qua statuitur, patrem in bonis adventitiis non, ut olim, plenam proprietatem, sed ususfructum tantum ad dies vitæ usque consequi, multis egregiis ampliationibus exornat.

Porro præter liberos nostros & servos, sunt & quatuor 3 personæ aliæ, per quas nobis obligatio acquiritur. Primum illi, quos bonâ fide possidemus; sive sint homines liberi, sive servi alieni, §. 1. hoc tit. Secundò servi fructuarii, id est, in quibus ususfructum habemus, §. 2. hoc tit. Tertiò servi communes, hoc est, partim nostri, partim alieni, §. 3. hoc tit. Quartò procuratores nostri. Sed ingens est cum inter has quatuor personas & prædictas, id est, liberos & servos, tum inter has ipsas quatuor inter se differentia, ut videre est ex hoc tit. item §. de iis autem servis. 4. supr. per quas person. cuique acquirit. & §. ultim. supr. de stipulat. servor. Quanquam de quartâ personâ, id est procuratoribus nostris nihil hic adferatur: sed de iis abundè dictum est in §. ex his itaque 5. supr. per quas person. cuique acquiritur. Cæterum quanta olim inter servos & filiosfamilias, ratione acquisitionis, differentia fuerit, diligenter explicat Antonius Faber. lib. 7. conjecturar. jur. civil. cap. 9. Quatenus item patri per filiumfamilias acquiratur, latissimè noviter exposuit Illustris Georg. Acacius Enenckel. in tract. de privileg. parent. & liberor. privileg. 4. c. 1. & alia quot seqq.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

TIT. XXX.

Principium Tit.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur: vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat: utrùm ipse, qui debet, an alius pro eo. Liberatur enim & alio solvente: sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo, solutio fiat. Item si reus solverit: etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

S U M M A R I A.

- 1 Continuatio huius tituli.
- 2 Contraria juxta se posita magis elucescunt.
- 3 Quot modis obligatio ipso jure tollatur.
- 4 Quibus modis ope exceptionis obligatio elidatur.
- 5 Verbum solutionis, itemque satisfactionis & liberationis, quomodo accipiantur.
- 6 Solutio, in specie accepta, definitur.
- 7 Aliud pro alio, invito creditori non solvitur.
- 8 Hujus regula exceptio.
- 9 Utrum creditori invito, pro re debita, aestimatio solvi possit.

- 10 Intellectus l. si quis argentum. 35. in pr. C. de donationibus.
- 11 Intellectus l. Titia. 35. pr. ff. de aur. & arg. in legato.
- 12 Intellectus l. quotiens. 59. & l. seq. ff. de verb. obligat.
- 13 Particularem solutionem creditor recipere regulariter non cogitur.
- 14 Solutio fieri debet legitimo tempore, loco, modo & causa.
- 15 An invito creditori debitor ante diem solvere possit.
- 16 Sub conditione quod debetur; id, pendente ea, ne volenti quidem creditori utiliter solvitur.
- 17 Purè debitum an & quatenus confestim sit solvendum.
- 18 De loco dissolvendi debiti à contrahentibus constituto, vel non constituto.
- 19 Modus solutionis in quo versetur.
- 20 Statuliberum solvens, vel pignoratium, &c. an liberetur.
- 21 Conciliatio l. statuliberum. 9. §. 2. ff. de statuliber. cum l. Neratius. 63. ff. de condict. indebit.
- 22 Debitor liberatur, quoties sine culpa ejus accidit, ut res promissa solvi non possit.
- 23 Solutio ex qua causa fieri debeat.
- 24 Qui solvere possint.
- 25 Quibus rerum suarum administratio adimatur.
- 26 Solutio alienationis est species.
- 27 Pupilli & minores quatenus rectè solvant. Item intellectus l. interdum. 29. ff. de condict. indebit.
- 28 Furiosi & prodigi solvere nequeunt.
- 29 Obligatio regulariter non est in servis.
- 30 Quibus casibus servi solvere valeant.
- 31 Perduellionis, &c. rei non solvunt: & quare.
- 32 Odiosa restringenda potius sunt, quàm extendenda.
- 33 Ratione debiti proprii qui solvant.
- 34 Ratione debiti alieni, in se suscepti, qui solvant.
- 35 Ex mandato qui pro aliis solvant.
- 36 Ex administratione qui pro aliis solvant.
- 37 Sine mandato quilibet solvere potest pro debitore, etiam invito.
- 38 Regula (invito beneficium non datur) de quo beneficio accipienda.
- 39 Nemo invitatus obligatur.
- 40 Prioriores esse debemus ad liberandum, quàm ad obligandum.
- 41 Quibus solvi possit.
- 42 Quomodo pluribus creditoribus utiliter solvi queat.
- 43 Furioso & prodigo an rectè solvatur.
- 44 Pupillis an & quatenus rectè solvatur.
- 45 Solutionem minori factam quando plenissima, scilicet, restitutioni in integrum non obnoxia, liberatio sequatur.
- 46 Consideratio & interpretatio l. sancimus. 25. C. de administ. tutor. vel curat.
- 47 Sententia & explicatio §. nunc admonendi. 2. supr. quib. alien. lic. vel non.
- 48 Sententia l. Lucius. 46. §. tutela. 5. & §. fin. ff. de administ. & peric. tutor. & similitum.
- 49 Adversus liberatum restitutio non datur.
- 50 Obligatio, ipso jure perempta, ex eventu non reviviscit.
- 51 Cum tutoribus & curatoribus regulariter bene contrahitur.
- 52 Unaquaque res suo domino perit.
- 53 Tutor an & quatenus sit rerum pupillarium quasi dominus. & num. 59.
- 54 Consideratio l. verum. 11. §. 4. ff. de minoribus 25. an.
- 55 Consideratio l. solutam. 49. ff. de solutionib.
- 56 Quatenus debitor pupillaris tutori aut pupillo solvere cogatur.
- 57 Qui potest exigere, idem & liberare potest.
- 58 Heredibus creditorum rectè solvitur.
- 59 Pro creditoribus qui habeantur.
- 60 Procurator vel verus est, vel falsus: verus aut generalis, aut specialis: & quatenus alterutri rectè solvatur.
- 61 Solutio, falso procuratori facta, quibus casibus convalescat.
- 62 Servis actoribus solvi potest.
- 63 Potestas alii solvendi à quo, & cui, & quomodo detur.
- 64 Solutionis causa in contractu adjecto rectè solvitur.
- 65 Si solutionis gratia adjectus statum suum ante solutionem mutarit: nunquid ei utiliter solvi possit, ita ut promissor solutione liberetur.
- 66 Intellectus l. Stichum. 95. §. usufructum. 6. ff. de solutionib.
- 67 Vis & effectus solutionis rectè facta.
- 68 Fidejussoris solutio etiam reo proficit, & vice versa: & utriusque ratio.
- 69 Si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quodnam solutum videri debeat.
- 70 Certam legem dicere si possumus, quod solvimus.

DE constituendis & acquirendis obligationibus tractatum est titulis superioribus: nunc hoc titulo de iisdem dissolvendis & tollendis percommode agitur.

1 Siquidem contraria, uti vulgò dicitur, juxta se posita magis elucescunt, arg. l. 1. ff. de his, qui sunt sui, vel alien. jur. l. si contra. 35. in fin. ff. de vulgar. & Pomponius. 40. §. sed & is. ff. de procuratoribus. l. & pupill. substituit. Quatuor autem modi, quibus ipso jure tollitur, adeoque penitus extinguatur obligatio, sub hoc titulo explicantur: solutio, acceptilatio, novatio, & contrarius consensus,

sive pœnitentia vel dissensus. Sunt & alii, sed minùs celebres & usitati: ut delegatio, confusio, compensatio, depositio & subsignatio, reique debitor ante moram à debitore factam contingens interitus, &c. De quibus accuratè subtiliterque disputant B. Brissoni in *Commentar. de solut. & liberat. lib. 2. Arumaus exercitat. Justin. 16. thes. 6. cum aliquot seqq. Vultejus lib. 1. Juraprud. Rom. cap. 52. cum seqq. Schneidevvin. in §. fin. infr. hoc tit. num. 6. & seqq. ibidemque D. Bocer. num. 11. cum seqq. pag. 555. & seqq. Johan. Zanger. in tract. de exceptionib. part. 3. cap. 1. cum seqq. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civil. cap. 1. & aliquot seqq. itemq. Pyrrhus Marus Aretinus in tract. de solutionib. cap. 2. Sed & ope exceptionis nonnunquam obligatio eliditur: ut pacto, sententiâ, tempore, jurejurando, & modis aliis de quibus infra sub tit. de exceptionib. aliquando, annuete Christo, dispicimus. Primus autem modus dissolvendæ obligationis ipso jure, est solutio, de quâ in hoc principio. Solutio-
vis verbum aliàs generale est, & omnes perimendæ obligationis modos complectitur, l. solutionis 54. ff. de solutionib. l. solutionis verbo. 176. ff. de verb. significat. aliàs est speciale, ut hic & in 1. ff. de solut. & liberat. Sic & satisfactionis verbum interdum latè sumitur, interdum angustè: latè, ut eo omnes tollendæ obligationis modi contineantur, d. l. solutionis. 176. ff. de verbor. significat. angustè, ut eo non omnes modi; sed exceptâ solutione, reliqui comprehendantur. Solet enim plerumque in jure solutio distinguì & sejungi à satisfactione, l. nem liberatur. 6. in princip. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solvit. l. si rem. 9. §. omnes. 3. ff. de pignorat. act. l. si se non obtulit. 4. §. ait prator. 3. ff. de rejudicat. l. quod vendidi. 19. ff. de contrah. empt. l. sed & si quid. 25. §. 1. ff. de usufruct. l. solutam. 49. in fine. ff. de solutionib. Est & tertium verbum huc pertinens, nempe liberatio: quod similiter aliquando latius omnes modos complectitur, l. liberationis. 47. ff. de verb. significat. nonnunquam, exceptâ solutione, reliquos, ut 1. ff. de solut. & liber. & notat. Giphani, hic in verb. tollitur solutio, &c.*

Solutio igitur, in specie accepta, est ejus, quod debetur, 6 realis legitimè facta præstatio, argum. hujus principii, & d. l. solutam. 49. in princip. ff. de solutionib. Vultejus hic num. 3. Althus. lib. 2. discalog. cap. 14. num. 6. pag. 569. Richter. in tract. de contractib. disput. 14. tit. 2. pag. 402. Cui in effectu consonat definitio Antonii Pichardi Vinuesæ hic num. 24. dicentis: solutionem nihil aliud esse, quàm rei debitæ per ipsum debitorem, vel alium, ejus nomine creditori idoneo factam actualem satisfactionem. Illius refert Antonius Hering. in tract. de fidejussorib. cap. 20. §. n. 3. De eâ breviter quinque capita hoc loco attinguntur, quæ paulò uberius discutienda erunt: 1. Quid & quantum solvendum sit. 2. quâ formâ sit solvendum. 3. à quo 4. cui. & 5. quis solutionis sit effectus.

Primum ergo id ipsum solvendum est, quod debetur. Aliud enim pro alio, invito & minimè consentienti creditori solvi non potest: ut si cui debeatur precium vel pecunia, ei nolenti species vel corpus, putà equus, furdus, domus, poculum, &c. solvi nequit: cum aliud sit res, aliud precium, l. 2. §. 1. ff. de reb. credit. si cert. per. l. 1. ff. de rer. permutat. l. cum, à quo. 16. & l. seq. C. de solutionib. Fürst. Würtemb. erneuert Landrecht/ part. 2. tit. 1. §. Wann und wie die Bezahlung/ &c. vers. und zwar soll die Bezahlung. fol. 236. Quod pertinet illud Senecæ lib. 4. de benefic. c. 14. Aequissima vox est, & jus gentium præ se ferens; redde, quod debes. Item lib. 5. de benefic. cap. 14. Quo genere obligatus es, hoc fidem exolve. Sed & si solvatur creditori res deterior, inutilis erit solutio & ideo com datarius ipm deteriorem reddendo non liberabitur. Propriè namque dicitur res non reddita, quæ deterior redditur. l. 3. §. 1. ff. commodati. Quandoque tamen etiam invito creditori aliud rectè solvitur: putà si res debita vel planè non, si nimirum perit, vel difficulter, vel minùs honestè præstari possit, l. in re fur-tiva. 8. in princip. ff. de condict. furt. l. si domus. 71. §. qui confiscentur. 3. ff. de legat. 1. l. non dubium. 14. in fin. & l.

- § l. qui quatuor. 30. §. ultim. ff. de legat. 3. vel noxalactione agatur. l. miles 6. §. 1. ff. de re judic. D. Bocer. class. 4. disput. 19. thes. 28. ed. 2. § in hoc §. num. 44. pag. 532. Joan. Baptista Costa tom. 1. tract. de remediis subsidiariis, remed. 3. num. 1. § seqq.
- 9 Illud controversum videtur: utrum invito creditori pro re debitâ pretium sive æstimatio solvi possit? Et non posse, ex æquissimâ hac regulâ patescit: quod aliud pro alio creditori invito solvi non debeat, nec queat, hoc principio nostro, § d. l. eum, à quo. 16. § l. seq. C. de solutionib. d. l. 2. §. 1. in fin. ff. de rebus credit. si cert. pet. l. promissor. 21. §. ultim. ff. de constit. pecun. § l. 1. C. de Fabricensib. Atqui aliud esse rem, & aliud rei æstimationem, constat ex §. si res aliena. 6. in fine. supr. de legatis. § d. l. 1. in princip. ff. de rer. permutat.
- 10 Cui non adversatur l. si quis argentum. 35. in princip. Cod. de donationib. ubi ei, qui argentum donaverat, permittitur vel ipsum argentum, vel æstimationem ejus, utrum maluerit, præstare. Nam singulari donatoris favore receptum hoc videtur: ut, si pro re donatâ offerat præcium, liberetur: quoniam cum eo, qui liberalitatem in nos exercuit, non ita rigidè & strictè, sed aliquantò mitius, quàm cum aliis debitoribus agendum est, arg. §. sed & si quis. 38. infr. de actionib. l. ex hereditatem. 49. § l. seq. ff. de re judicat. Quod igitur speciali favore donantis receptum est, id ad consequentiam porrigi & extendi non debet, l. quod verò. 14. ll. seqq. ff. de legib.
- 11 Non item adversatur, l. Titia 35. in princip. ff. de auro & argent. legat. ubi pro certâ auri materiâ legatâ, æstimatio ejus ab herede præstari & solvi potest. Quotiens enim certum pondus auri vel argenti fuerit legatum, nec certa species auri vel argenti fuerit designata, sed simpliciter auri pondus fuerit legatum: ita jure constitutum est, ut heres pecuniam, in quâ eadem sit æstimatio, dare possit, ejusque solutione liberetur: quoniam tale legatum magis in quantitate & æstimatione, quàm in corpore consistit. l. cum aurum. 19. §. 1. ff. eodem tit. ut proinde nihil intersit, æstimatio in auro sive argento, an verò in pecuniâ numeratâ solvatur, l. 1. §. 1. l. cum certum. 9. ff. de auro & argent. legat.
- 12 Sic quoq; non adversatur l. quotiens. 59. cum l. seq. ff. de verb. obligationib. ubi licet oleum in stipulatione fuerit deductum: nihilominus tamen promissor olei, liberationem consequitur præstatione æstimationis. Quandoquidem ibi æstimatio præstatur, non quod pro re æstimatio solvi possit: sed quod oleum talis merx sit cuius æstimatio, ratione temporis, alia deberetur. Ideoque si oleum in eâ bonitate nequeat præstari, quæ retrò fuit, de æstimatione quærendum est. Ita respondet D. Hunnius lib. 3. var. resolut. jur. civil. tractat. 8. quest. 1. in fine. ubi aliis etiam objectionibus occurrit. Atque easdem & nos refutavimus suprâ ad principium tit. quib. mod. re contrahit. obligat. num. 165. § aliquot seqq. ubi alias quoque quæstiones,
- 13 ad solutionis materiam pertinentes, accuratè examinavimus. Cæterum tantum solvendum est, quantum quis debet: quoniam particularem solutionem, utpote quæ magna incommoda habet, invitus creditor regulariter jure recusat, l. tutor. 41. §. 1. ff. de usur. l. Julianus. 13. offerri. §. 8. ff. de actionib. empt. l. ob signatione. 9. C. de solutionib. § liberat. Timæus Faber disp. 25. ad Institut. Imperial. th. 6. D. Besold. in delib. jur. ex lib. 46. ff. question. 3. pag. 179. Hancque sententiam plurimum tum rationibus, tum auctoritatibus munivimus suprâ ad d. princip. tit. quib. mod. re contrah. obligat. num. 126. § multis subseqq. Adde Institutum Schütz exercitation. jur. disput. 17. th. 14. pag. 268. § seq.
- 14 Secundò de formâ solutionis videndum. Ea autem in hoc potissimum consistit: ut solutio legitimo tempore, loco, modo, & causâ fiat. Tempus illud & opportunum & constitutum censetur: idque intelligitur ex naturâ obligationis, quæ vel in diem est, vel conditionalis, vel pura. Si est in diem, hanc formam recipit: ut quod promissum est, suâ die solvere debitor cogatur: ante diem non item. Quamvis enim ante diem nata sit obligatio: in suspensio tamen est actio, l. obligationum 44. §. 1. ff. de obligat. & actionibus. Quod adeò procedit, ut ne ipso quidem die, in quem stipulatio collata est, peti possit: cum totus ille dies arbitrio solven-
- tis relinquatur. §. omnis. 2. supr. d. verbor. obligat. l. liber homo. 118. §. eodem. Potest equidem debitor in diem, quod debet, etiam ante diem volenti creditori rectè solvere: sed an invito, creditori debitor ante diem solvere valeat, mirum in modum controversum est? Et affirmantium sententia mihi verissima videtur. l. stipulatio ista, habere. 38. §. inter. 16. § l. continuus. 137. §. 2. vers. nam & quod. ff. de verb. obligat. l. quod certa. 70. ff. de solutionib. l. quod quis. 50. ff. de oblig. & actionib. l. intra. 7. ff. de re judic. l. cum tempus. 17. in fine, ff. de reg. jur. & similibus. Quam sententiam pluribus fundamentis & rationibus subtruxi, Dominique Collegæ Bocer, inconsideratè dissentientis hic num. 67. cum multis seqq. argumenta abundè confudi atque refutavi supra in d. princip. tit. quib. mod. re contrah. oblig. num. 101. § seqq. Porro quod sub conditione debetur: id, pendente eâ, ne volenti quidem creditori utiliter solvi potest: idque ex hujus obligationis naturâ. Unde, quod solutum ante conditionem est, quasi indebitum repetitur, l. sub conditione. 16. l. quod si ea. 18. l. qui promissit. 48. ff. de condit. indebit. Cæterum si pecunia ita soluta non repetatur, existat autem conditio: confirmatur solutio, ut debitor liberatus censeatur, non à tempore conditionis existentis, sed conventionis. l. sub condicione. 16. ff. de solutionib. Quod autem purè quispiam debet, contestim solvere tenetur. d. §. omnis. 2. supr. de verb. obligat. l. in omnibus obligationibus. 14. ff. de reg. jur. nisi locus adjectus sit solutioni. l. olim, qui Calend. 41. §. 1. ff. de verb. obligat. vel obligatio ex re ipsa dilationem capiat: veluti si futuri arborum, vel animalium fructus promittantur. Humanum quippe est, tantum temporis dari, quo res conquiri, commodèque solvi queat. §. ultim. supr. de inutilib. stipulat. l. interdum. 73. ff. de verb. obligat. Brissou. d. Commentar. de solution. lib. 1. pag. mihi 241.
- Locus dissolvendi debiti, aut ab initio constitutus est à creditore & debitore: aut non est constitutus. Quod si dictum sit, quo loco debitum præstari debeat: alia atque alia creditoris, & debitoris est ratio. Creditor enim alio etiam loco, quàm quo solvi convenit, quod sibi debetur, petere potest actione arbitrariâ. l. 1. ubi Donell. § tot. tit. ff. de eo, quod certo loco dari oportet. Debitor autem invito creditori alio in loco, quàm de quo convenit, regulariter solvere nequit. l. 2. §. idem Julianus. 7. § l. penult. ff. d. tit. l. usuras. 8. Cod. de solutionib. Dn. Collega Bocer. hic num. 52. cum seqq. pag. 534. § d. class. 4. disputat. 19. thes. 37. Sin de loco nihil inter contrahentes est actum: distinguendum erit, resne certa sit, quæ debetur, an incerta. Priore casu eo loco præstabitur res, in quo sita est, nec aliò ad creditorem eam traducere debitor cogetur: posteriore, in loco vel contractûs, vel domicilii solvetur. l. quod legatur. 38. ibique Bartol. & alii. ff. de judic. D. Bocer. in hoc §. num. 60. pag. 534. § Althus. d. lib. 2. dicaolog. cap. 14. num. 64. § seq. pag. 572.
- Modus solutionis in eo versatur, ut perfectè & plenè fiat, tam ratione rei solvendæ, quàm ipsius juris transferendi. Ad solutionem perfectam, ratione rei solvendæ hoc pertinet: ut præstetur res talis, qualis est promissa, & ut præstetur integra, de quo jam dictum suprâ num. 7. § seqq. Ratione juris transferendi duo sunt necessaria: I. Ut res soluta fiat accipientis. l. qui sic solvit. 55. l. si quis duos. 67. ff. de solutionib. II. Ut ita apud eum maneat, ne ullo jure auferri possit. l. non videntur. 167. in princip. ff. de reg. jur. Proinde qui hominem debet, & tutum liberum solvens, vel noxæ deditum vel pignoraturn, vel eum, in quo alienus ususfructus est, non liberatur. l. Neratius. 63. ff. de condit. indebit. l. qui sibi. 33. in princip. l. cum quis. 38. §. qui hominem. 3. § l. qui decem. 72. §. qui hominem. ff. de solutionib. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civ. cap. 11. p. 666.
- Nec obstat l. statuliberum. 9. §. illud tractatum. 2. ff. de statuliberis. ubi Ulpianus Octavenu putasse refert: eum, qui servum Stichum promissit, liberari, si statuliberum factum solvat. Nam licet Antonius Faber. lib. 2. conjectur. jur. civ. cap. 7. horum responso conciliationem probabilem nullam afferri posse asserat, & Accursii, aliorumque solutiones operosè retellat: tamen ad istorum locorum explicationem hoc verisimiliter dici posse videtur: debitorem in dict. l. 9. idcirco liberatum

tum esse; quod post solutionem statuliberi factam creditori, ipse statuliber fuerit perductus ad libertatem. Quo casu rectissime Ulpianus & Octavianus Jurisconsulti responderunt: debitorem esse liberatum. Namque pro regulâ traditum est: debitorem liberari, quoniam sine facto aut culpâ ejus accidit, ut res promissa solvi non possit: veluti si res profana, quam promissit, religiosa esse cœperit; vel servus promissus ad libertatem pervenerit. §. 2. *supr. de inutilibus stipulat. inter stipulantem*. 83. §. *sacram*. 5. ff. *de verb. oblig.* Idque in specie dictæ l. 9. §. 2. ff. *de statuliber*. statim post solutionem factam evenisse, ex his colligitur verbis: *nam etsi ante solutionem ad libertatem pervenisset, extingueretur obligatio tota*. Quasi diceret Jureconsultus: si ante solutionem servus promissus ad libertatem pervenisset: faterentur sanè omnes, liberatum esse debitorem. Idem igitur hoc in casu dicendum, quo servus post solutionem consecutus est libertatem. Hac interpretatione adhibitâ, facile ad præallegatam l. *Neratius*. 63. ff. *de condict. indebit.* (Et similes) responderi poterit: in eâ nimirum servum promissum statuliberum esse solutum, & post solutionem statuliberum adhuc mansisse, nec ad libertatem perductum fuisse. Hoc casu merito Neratius decidit: debitorem non liberari, quod plenè & perfectè stipulatoris hominem non fecerit. Præsupponit autem, ut modo monitum, Neratius: hominem nondum libertatem adeptum esse. Quo posito, rectè infert: debitorem, cum neque dominium hominis in creditorem, pleno jure transtulerit, neque is homo eum ad casum redactus sit, quo promitti non potest, nequiquam liberari. Sed videantur Jacob. Cujacius tract. 7. ad African. in explicatione d. l. cum quis. 38. §. qui hominem. 3. ff. *de solutionibus*. Et Hunnius d. lib. 3. var. resolut. jur. civ. tract. 8. quest. 3. Qui textus illos primâ facie repugnantes aliter conciliare & in concordiam redigere nituntur.

23 Solutio denique fieri debet ex eâ causa, ex qua agitur, non aliâ. Hinc si quis, quod alterius causa solvere necesse habet, solvit nomine proprio: nec se ipsum, nec alterum, pro quo solvere debuisset, liberat. l. *Cassius*. 17. ff. *de solution*. l. cum uxor. 82. ff. *de jure dot. d. l. inter stipulantem*. 83. §. si rem. 6. ff. *de verb. obligat.* Et tantum de formâ stipulationis.

24 Tertiò dispiciamus de iis, qui solvere possint. Solvere possunt omnes, quibus rerum suarum administratio non adempta est, l. quod si forte. 14. §. 1. Et l. seq. ff. *de solutionibus*.

25 Adimitur autem aliis propter ætatem: aliis propter animi defectum: aliis propter mores perditos: aliis propter potestatem Dominicam: aliis propter reatum.

26 Propter ætatem, solvere nequeunt pupilli. Cum enim solutio sit alienationis species; pupillis verò absque tutoris auctoritate alienare nihil liceat: utique nec solvere sine eâ poterunt, l. obligari. 9. §. pupillus 2. ff. *de auctorit. & consens. tutor*. §. ult. *supr. quib. alien. lic. vel non*.

27 Quod si tamen pecunia, sine tutoris auctoritate soluta, à creditore bonâ fide consumpta fuerit: utilitatis causa in tantum solutio confirmatur, ut pecunia illa nec vindicari amplius, nec condici possit, d. l. quod si forte. 14. in fine. ff. *de solutionibus*. Pupillis similes sunt minores, curatores habentes: sine quorum consensu & illi solventes nihil agunt. Sin curatores non habeant: in solutione tamen læsi deprehendantur: restitutionis beneficio uti queunt. l. si curatorem. 3. C. *de in integr. restitut. minor*. Ea- que de re inspicatur Donell. d. lib. 16. Comment. de jur. civ. c. 10. Et ibidem Hilliger. ad lit. B. & F. Nec prædictis obstat textus in l. interdum. 29. in fin. ff. *de condict. indebit.* ubi dicitur, consumptis nummis, quos pupillus sine tutore suo, vel prodigus absque curatoris consensu solvit creditori, eos per conditionem indebiti jure repeti. Illud enim aut accipiendum est de eo, qui indebitum solvit, secundum Duarenium ad tit. Cod. de reb. cred. cap. 3. aut intelligendum est, de nummis, malâ fide consumptis, secundum D.

28 Bocerum hic num. 28. pag. 531. Ob animi defectum solvere haud possunt furiosi: & ob mores perditos prodigi: quia ut illi desipiunt animis: ita hi moribus; & quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, l. his, qui. 12. in fine. ff. *de tutoribus & curatoribus datis ab his*, &c.

29 Propter potestatem dominicam ex contractu, dominis

insciis facto, solvere prohibentur servi. Solutio quippe obligationem jure subsistentem præsupponit: quæ cum regulariter non sit in servis: solutio inde facta nulla erit. l. in personam. 22. in princ. l. quod attinet. 34. ff. *de reg. jur.* & propterea solutum dominus vindicabit. l. servus. 19. ff. *de fidejussoribus*. Enimverò istam prohibitionem certis quibusdam casibus cessare, palam est: I. Si liberam pecuniam administrationem servi habuerint, & ex eo solverint. l. egisti. 84. ff. *de solutionibus*. II. Si solutionem, ab iis factam ratam domini habuerint. l. si servus. 66. ff. *de fidejussoribus*. III. Si pecuniis mutuò dandis actores præpositi tuerint, ex eaque causa creditoribus dominicis solverint. l. si is, cui. 94. §. fin. ff. *de solutionibus*. Tandem ob reatum non solvunt perduellionis, majestatis læsæ, repetundarum rei postulati. l. ex judiciorum. 20. ff. *de accusationibus*. l. quisquis. 5. Cod. *ad leg. Jul. majest.* quia ejusmodi alienationes in fraudem Fisci fiunt. Quod tamen ad alios, extra has causas, reos postulatos extendi non placet: cum odiosa restringenda potius sint, quam extendenda. l. penult. ff. *de pæn. c. odia*. 15. *de reg. jur. in 6.* Ea- que de re videatur Vultejus libr. 1. Jurispr. Rom. cap. 53. num. 2. Et seqq.

Quibus itaque libera rerum suarum administratio competit, si solvunt aut pro se & suo nomine, aut nomine alterius. Suo nomine qui solvunt: vel ratione debiti proprii hoc faciunt, vel ratione alieni, in se tamen suscepti, debiti. Ratione debiti proprii solvunt debitores principales, iique vel mares, vel fœminæ. Ut enim hæ personæ omnes contrahendo sibi obligationem acquirunt: ita suo nomine, quod ex illâ obligatione debent, rectè solvunt. l. sed si ego. 4. ff. Et l. 2. Cod. *ad senatusconsult. Vellejan.* Ratione debiti alieni, in se suscepti, solvunt fidejussores. l. ubi fidejuss. 24. ff. *de solut.* debitores delegati. l. si quis delegaverit. 12. ff. Et l. si pater. 5. C. *de novation.* constituentes. l. promissor. 21. §. ult. ff. *de constitut. pecun.* heredes seu successores universales: qui & supra vires hereditarias, spreto inventarii beneficio, tenentur. l. fin. §. 2. Et 4. C. *de jure deliberandi*. Quibus annumerari poterunt successores in beneficio ecclesiastico: qui & ipsi prædecessorum suorum debita, pro Ecclesiæ necessitate contracta, solvere coguntur. c. 1. extra *de solution*. Sed & inter eos, qui in jus alterius succedunt, nonnunquam est Fiscus, ad quem bona debitoris devoluta sunt: ac propterea solvens liberat se ipsum, & fidejussorem principalis. l. si indebitam. 15. Cod. *de fidejussoribus*. l. 2. Cod. *ad leg. Jul. de vi public.* Porro debitor debitor ad obligationem liberatur non solum, si ipse solvat: sed & si nomine ejus solvat alius, per hoc principium nostrum. vers. nec interest, &c. l. nulla. 5. Et l. manifesti. 17. C. *de solutionibus*. Id quod vel ex mandato, vel ex administratione sibi concessâ, vel sine mandato fieri solet. Ex mandato pro aliis solvunt procuratores negotiorum, tam generales, quàm speciales: dummodo, si generales sunt, talia solvant debita, quæ exactionem habeant; non etiam, quæ solum retentionem: cum verisimile non sit, dominos talium debitorum solutionem mandatu-ros. l. quodlibet. 87. l. si is, cui. 94. circa finem. ff. *de solutionibus*. Et argum. l. obligatione. 6. ff. *de pignoribus*. Et hypothec. Ex administratione, quam in bonis debitoris habent, rectè solvunt tutores & curatores, pro pupillis & adolescentibus, eosque liberant: sive extraneis creditoribus, sive sibi ipsis tanquam creditoribus solvant. l. quotiens. 9. §. sed si 4. Et 5. ff. *de administrat. & peric. tutor*. Sine mandato autem solvit quilibet alius, pro debitore non solum sciente, sed etiam ignorante & invito, ita ut liberatio inde contingat, hoc principio nostro, vers. si-ve sciente, &c. l. solutions. 23. l. si pro me. 40. l. solvere. 53. ff. *de solutionibus*. Et l. solvendo. 39. ff. *de negot. gest.* Ubi Cajo hanc rationem subjungit: quia naturalis simul & civilis ratio suadet, alterius etiam absentis & dissentientis meliorem nos facere conditionem posse: deterio-rem non posse. Et licet inter hos nulla sit, quoad liberationem, differentia: dispar tamen, quoad repetitionem, utriusque est ratio. Etenim pro invito solventi in totum repetitio denegatur: cum donasse censeatur. l. si remunerandi. 6. §. 2. l. si pro te presente. 40. l. qui fide. 53. ff. *mandat.* l. ult. C. *de negot. gest.* Ei verò, qui pro ignorante utiliter solvit, adversus eundem parata negotiorum gestorum actio est: qua quod solutionis causa sibi abest, consequitur. l. cum pecuniam. 43. ff. *dict. tit.* Phil. Kriepschilde, exercit. Acad. 13. quest. 1. p. 453.

38 Prædictis non obstat vulgi ore trita regula: quod invito beneficium non conferatur. *l. hoc jure. 19. §. non potest. 2. ff. de donationib. l. invito. 69. §. l. invitum. 156. in fine ff. de reg. jur.* Nam regula ista accipienda est de eo beneficio, quod ad solum illum, qui istud recusat, pertinet. Atqui solvi pro debitore, etsi non videatur exiguum ejus beneficium esse, non est tamen ipsius solius beneficium: sed creditoris etiam utilitatem & favorem concernit: ut cujus maxime interfit creditum recipere, debitumque exolveri, *monente hic Marcilio.* Is siquidem, velut obligationis dominus, ut distrahere sive vendere eam, invito debitore potest: ita & solvere. *l. nomina. 17. ff. §. l. nominis. 3. Cod. de hered. vel actione vend. Wesenb. hic n. 3. §. D. Bocer. num. 21. §. seq. p. 531.*

39 Similiter non obstat, quod nemo invitus obligetur. *l. 1. §. conventionis. 3. ff. de pact. l. quaecunque. 11. §. l. in omnibus. 55. ff. de obligat. §. actionib. l. sicut. initio. 5. Cod. eodem.* Nihil autem tam naturale sit, quam unumquodque eo modo dissolvi, quo colligatum est. *l. nihil tam naturale. 35. ff. de reg. jur. l. prout quidque. 80. ff. de solutionib.* Ac proinde quemadmodum invitus nemo obligatur: ita quoque nemo invitus obligatione liberetur. Hoc, inquam, non obstat. Quoniam à contrahenda obligatione ad obligationem dissolvendam non valet consequentia: cum semper faciliores & proniores esse debeamus ad liberandum, quam ad obligandum. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. §. actionib.* Quin & ideo non licet hic à contrahenda obligatione argumentari ad obligationem dissolvendam: quia utriusque diversissima ratio est. Nam cum de obligatione contrahenda quaeritur, de ipsius præcipue debitoris interesse & præjudicio agitur. At cum de eâ dissolvenda quaestio instituitur: imprimis tractatur de interesse ac præjudicio ipsius creditoris. Unde illud à voluntate & arbitrio debitoris; hoc verò potissimum à voluntate creditoris dependet, ut docet *Hunnus d. lib. 3. var. res. jur. civ. tract. 8. q. 2. ad finem.*

41 Quarta videamus, quibus solvi possit. Inter eos autem quibus potest solvi, sunt tum creditores ipsi, horumque successores: tum qui creditorum loco habentur: tum ii, quibus à creditoribus, ut solutionem reciperent, mandatum est. Creditoribus ipsis sine dubio recte solvitur: quia hi sunt, quibus ex obligatione debetur: & ad solutionem nihil interest, manserintne in conditione suâ, an eandem post solutionem mutarint. *l. filius. 90. ff. de solutionib.*

42 Cum verò non semper uni, sed duobus interdum, vel pluribus ex eodem debito aliquis sit obligatus, quemadmodum solutio utiliter tum fiat, quaeritur? Et dispiciendum putamus: sintne plures illi rei credendi in solidum constituti; an non. Si in solidum: debitor alterutri solvens ab utroque liberatur. *l. 2. §. 3. in fine. ff. de duob. reis constituend. modò utiliter ambo sint stipulati.* Alteri enim ex correis inutiliter stipulanti non recte solvitur: cum ex eâ stipulatione promissorem obligatum non habeat. *l. si duo rei. 128. ff. de verb. oblig.* Idem est, si alter solutionem à debitore ante judicio petierit: vel promissor alteri se soluturum constituerit. His, inquam, casibus alteri solvens promissor non liberatur. *l. ex duob. 16. ff. de duob. reis constituend. l. idem est. 10. ff. de constit. pecun.* Quod si non in solidum plures rei sint constituti; omnibus est solvendum: & propterea qui patri sine filia, vel filia sine patre, dotem post divortium solvit, non liberatur. *l. qui hominem. 34. §. si gener. 6. l. si filia. 65. ff. de solutionib.* Atque isto quidem modo creditoribus ipsis solvitur: sub eâ tamen conditione, quæ & solventibus supra num. 24. §. seqq. fuit annexa: nisi eis bonorum alienatio sit interdicta. Nam etsi non alienare, sed acquirere potius is videatur, qui solutum recipit: tamen in hac ipsâ acquisitione later alienatio illius actionis, quâ debitorem sibi obstrictum & obnoxium creditor habebat: cum ipsa distractio quodammodo contractus censeatur. *§. penult. supr. de obligat. quæ quasi ex contractu nascunt.*

43 Et sanè de furioso certum est: quod ei, ne tutoris quidem auctoritate interveniente, solutio fieri possit: cum ejus nullus sit consensus, quem tutoris appositâ auctoritas confirmet. *l. in negotiis. 5. ff. de regul. juris.* Prodigus autem ut non solvere; ita nec solutum sine curatoris consensu recipere potest, sicuti annotatum supra n. 28. Pupillis porro solvunt debitores, vel cum tutoris auctoritate; vel sine eâ.

Et priore casu liberatio eis ipso jure contingit: tamen si pupillus, si damnum aliquod inde sentiat, in integrum restituitur. *l. 2. §. tot. tit. Cod. si tutor. vel curator interveni.* Hujus restitutionis metus tum cessat, quando reditus annui, annuæque pensiones, item usurae ad modum legitimum pupillis solvuntur: item, quando aliarum rerum solutionem sententia sive decretum judicis præcedit. *l. sancimus. 25. ubi Gothofred. §. l. constitutionem. 27. Cod. de administrat. tutor. vel curator.* Posteriore casu, hoc est, sine auctoritate tutoris solventes regulariter non liberantur. Bene, regulariter: siquidem liberatio interdum solutionem absq; tutoris auctoritate factam sequitur: idq; vel ipso jure, vel exceptionis ope. Ipso jure: si solutionis tantum gratiâ stipulationi pupilli sint adjecti. *l. si stipulatus fuero. 11. ff. de solutionib.* item si solutionis actum, judicis decretum præcesserit: quia illud defectum tutoris supplet. *l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. l. si infans. 18. in fin. Cod. de jur. deliberandi.* Ope exceptionis liberantur debitores, si in commodum pupillorum solutio facta sit, & pecunia numerata vel adhuc sit salva, vel in rei necessariæ acquisitionem collata, quam aliâs necessario de suo empturi erant. *l. pupillo. 15. l. in pupillo. 47. §. l. si pupilli. 66. ff. de solut. l. apud Celsum. 4. §. si quis pupillo. 4. ff. de doli mali, §. met. except. §. nunc admonendi. 2. vers. pecuniam autem salvam. supr. quib. alien. licet, vel non.* Præterea solutionem, minori 25. annis curatoris auctoritate & decreto judicis factam, plenissima liberatio sequitur: nec, si læsus maxime deprehendatur, in integrum restitutionem metuere solvens necesse habet. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib.* Secus, quam sit in venditione, vel rerum alienatione: adversus quam, etiam cum consensu curatoris, aut ex prætoris decreto factam, minor restitutionem obtinet. *l. si quidem. 11. C. de præd. §. al. reb. minor. sine decreto non alienand.* Atq; illa omnia explanatius persequuntur *Franciscus de Caldas in Commentar. ad l. si curatorem. 3. in verb. læsis. C. de in integr. restit. minor. 25. annis. n. 57. cum seqq. Donellus d. lib. 16. Comment. de jur. civ. c. 10. pag. 655. cum seqq. B. Brissoni lib. 1. de solut. pag. mihi 212. §. seqq. edit. 1. pluresq; alii, quos retulimus §. secuti sumus in d. §. nunc admonendi. 2. supr. quibus alien. licet vel non n. 29. §. seqq.* Quanquam autem illam, uti verissimam, ita communiter ab omnibus receptam sententiam (quâ statuitur, debitorem pupillarem, pupillo cum tutoris auctoritate solventem, tum demum consequi liberationem plenissimam, & in integrum restitutioni minimè obnoxiam, si solverit judicis præcepto ac decreto præcedente) vehementissimè impugnant *Anton. Faber in Rationali ad d. l. ait prætor. 7. tit. P. ff. de minorib. §. lib. 17. conjectur. jur. civ. cap. 13. §. com. 1. jurispr. Papinian. 12. princ. 7. illat. 43. ejusq; individuus assertor & assecla Gaspar Schiferdegher. lib. 1. ad Anton. Fabr. tract. 16. q. 1. §. seqq. item lib. 3. tract. 22. q. 4. §. seqq.* attamen conclusio isthæ apertissimè probatur per d. l. sancimus. 25. Cod. de administrat. tutor. vel curator. ubi Imp. Justinianus ad hoc, ut solutio, pupillo vel adufo facta, plenissimam pariat securitatem sive liberationem, nec amplius inquietari debitor possit, omnino sententiam & decretum judicis requirit: hacq; subtilitate solutionem faciendam, perspicue sancit & præcipit. Quare si requisitum istud defecerit, nec sententia judicis, ejusdemque cognitio & decretum intervenierit: solutio plenissimam liberationem haud pariet: sed debitor pupillaris adhuc inquietari poterit.

Ad hanc constitutionem respondent quidem modò nominati adversarii: illam de eo casu esse accipiendam, quo nullus adhuc sit tutor vel curator, cujus auctoritas in solutione possit intervenire: atq; adeò ob eam causam fuisse necessariam constitutionem favore debitoris, ut si forte haberet interim pecuniam in numerato, cujus amittendæ casum aliquem & periculum vereretur, non cogeretur in obligatione remanere, sed posset æquè tutò non solum minori, sed etiam pupillo solvere, atq; si solveret tutori vel curatori. Idq; colligi putant ex initialibus constitutionis verbis illis; *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela:* hoc est, dum proceditur ad creationem tutorum vel curatorum cum diligenti inquisitione. Verum illorum verborum alius non est sensus, quam tutoribus ritè ac legitime constitutis aliter solvi tutò non posse, quam

47 quàm judicis jussu ac decreto prævio. Huncq; intellectum non parùm juvat *d. b. nunc admonendi. 2. vers. Ideoq; si debitor. supr. quibus alien. licet, vel non.* ubi idem Imper. Justinianus interpres verborum suorum omni exceptione potior, disertè suâ constitutione se disposuisse testatur: *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia, sine omni damno celebrata, hoc permittat: quo subsequuto, si & judex pronunciaverit, & debitor solverit: sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas.* Nec audiendi hîc sunt dissentientes, qui largiuntur, hunc §. loqui quidem de pupillis, habentibus tutores, sed tutorum auctoritatem solutioni non adhibentibus. Nam præterquam quòd hoc divinatorium est, etiã expressè ex ipso textu refellitur. Cùm enim *in vers. ideoq; si debitor, &c.* dixisset Justinianus, necessariam esse debitori tutoris auctoritatem: in continenti subjicit, hoc evidentissimâ ratione statutum esse in constitutione *dictæ l. 2 §. Cod. de administrat. tutor. vel curat.* eâque dispositum, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia hoc permittat. Loquitur itaq; præfata constitutio *in d. l. 2 §. de pupillis & adultis, tutores vel curatores habentibus, ipsorumq; auctoritate & consensu solutionem accipientibus.* Ac certè nisi Justinianus *in d. l. 2 §. de solutione, tutoribus sive curatoribus, vel pupillis sive adultis auctoritate tutorum & consensu curatorum factâ loqueretur:* nihil quicquam novi istâ suâ constitutione introduxisset: cùm jam antè indubitati juris fuerit, pupillum tutore destitutum nullum penitus negotium expedire posse, nisi si quando tutoris defectum, judicis sententia suppleat. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. vers. quid tamen. si prætor. ff. de minorib. d. l. pupillo. 1 §. ff. de solut. & d. l. si infanti. 18. in fine. Cod. de jure deliberandi.* Idque exquisitiùs declarant Osualdus Hilliger *in Donello enucleat. lib. 16. c. 10. lit. F.* & Hunn. *d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tr. 8. q. 6.*

48 Hanc decisionem non infringit *l. Lucius. 46. §. tutela. §. & §. fin. ff. de administrat. & peric. tutor. item l. quòd si fortè. 14. §. 1. & l. pupilli. 96. in princ. ff. de solutionib. ex quibus constat, debitores pupillares, absque judicis decreto, tutoribus rectè solvere, & ex hac solutione ipso jure liberari: & consequenter restitutionem in integrum adversus illos dan-*

49 *dam non esse.* Tum quia adversus liberatum actio vel restitutio non datur. *l. 1. Codic. de contrario judicio tutela.*

50 Tum quia obligatio, quæ semel ipso jure perempta fuit, ex eventu nunquam reviviscit. *d. l. sancimus. 2 §. vers. non enim debet. Cod. de administrat. tutor. vel curat.* Et si enim obligatio per solutionem ipso jure extincta sit, adeòque debitori liberatio contigerit: inde tamen non protinus sequitur, quòd restitutioni in integrum locus amplius non relinquatur. Contrarium quippe arguit *totus tit. C. si adversus solutionem, &c.* in quo necessariò præsupponendum est, solutionem ritè ac legitime esse factam, eamque obligationem ipso jure esse dissolutam. Nam alioqui restitutioni in integrum locus non foret, utpote quæ dari non assolet, nisi adversus ea, quæ jure valuerunt, effectumque habuerunt. *l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib.*

51 Minus conclusionem nostram evertit, quòd cum tutoribus, tanquam personis minimè suspectis, regulariter non malè contrahatur, etiam si non sint solvendo. *l. illud. quaritur. 4. in fine. ff. de evictionib. l. cum plures. 12. §. 1. ff. de administrat. & peric. tut.* ac proinde quòd rectè & consultè cum pupillo, tutore auctore, gestum fuerit, per restitutionem in integrum non rescindatur. Licet enim cum tutoribus & curatoribus, cùm non sint personæ suspectæ, contrahere fas sit: si tamen cum illis quid factum & contractum, aut negotium aliquod initum sit, ex quo minor sive pupillus damnum aut læsionem sentiat: restitutio in integrum adversus id, quod vel cum tutoribus & curatoribus, vel cum minoribus, tutorum & curatorum auctoritate accedente, gestum est, ipsis minoribus competit. Hoc siquidem evidenter probat *l. ultim. & totus tit. Cod. si tutor vel curator intervenierit.*

52 Multò minùs emedullat assertionem nostram, quòd unaquæque res pereat domino, & periculo domini. *l. que fortuitis. 6. Cod. de pignor. act. l. si ex legati causa. 23. ff. de verb. obligation. l. contractus. 23. ff. de reg. jur. l. quod te mihi. 5. ff. de reb. credit. si cert. pet.* Jam verò pecunia tutori soluta, in ejus quodammodo dominium transit. Ergo pariter pe-

cunia postea deperdita, periculo tutoris incumbet. *Etenim* respondetur per negationem consequentiæ. Primò enim quòd tutori non pereat pecunia, vel inde manifestum efficitur, quòd ipse non est dominus rerum pupillarium, sed quasi dominus, vel domini loco, scilicet quoad administrationem, non verò ulterius. *l. interdum. fur. 56. §. qui tutelam. 4. ff. de furtis. l. tutor, qui. 27. ff. de administrat. & peric. tutor.* Deinde licet pecunia tutori ipsi, nomine pupilli, soluta pereat; ita ut pupillo adversus eum actio detur: non tamen ex eo consequens est, eidem pupillo adversus debitorem, ad rescindendam solutionem, non dari in integrum restitutionem, *arg. d. l. ult. Cod. si tutor vel curator intervenierit.*

Minimè omnium sententiam nostram turbat *l. verum. 54. §. 1. §. item non restituetur. 4. ff. de minorib. 2 §. annis.* ubi expressè scriptum est, eventum damni restitutionem non indulgere, sed inconsultam facilitatem. Si ergo restitueretur minor, ad eam ipsam pecuniam iterum exigendam, cujus solutionem jam semel, curatore auctore, accepisset, sive casu aliquo fortuito, sive ob minoris facilitatem, pecunia deperdita proponeretur: eventus damni, non inconsulta facilitas, restitutionem indulgeret. *Respondetur enim:* quando dicitur, minorem adversus solutionem, tutoris vel curatoris auctoritate factam, restitui, semper præsupponi, quòd facilitate & imbecillitate judicii damnum acceperit minor ex solutione istâ: eò quòd judicii imbellicitate vel malè consumpserit, vel perdiderit pecuniam: id quod etiam probandum minori incumbit. *d. l. ait prætor. 7. §. non solum. 3. in fine ff. de minorib. l. nam posteaquam. 9. §. si minor. 4. ff. de jurejurando.*

Prædictam insuper conclusionem nequaquam hebetat *l. solutam. 49. vers. tutori quoq; ff. de solutionib.* ubi Marcianus scribit: proficere debitori solutionem, si pecunia soluta sit tutori, vel curatori. Si igitur ejusmodi solutio debitori proficit: adversus debitorem restitutio in integrum impetrari non poterit. Nam respondemus, consequentiam negando. Quamvis enim solutio, tutori facta, profit & proficiat debitori ad liberationem: haud tamen ex eo consequitur, adversus eundem debitorem, pupillo læso, in integrum restitutionem non accommodari. Equidem adversus illos solummodo actus, qui ipso jure efficaces fuerunt, prætor in integrum restitutionem concedit: quoniam ad ea, quæ jure non valuerunt, frustra in integrum restitutio daretur, *d. l. in causa. 16. §. 1. ff. de minorib. 2 §. annis.*

Præterea non convellit opinionem nostram, quòd ini- 56 què cogere debitor solvere, si adversus eum, tutori solventem, daretur restitutio in integrum. Atqui debitor pupillaris tutori, aut pupillo, auctoritate tutoris interveniente, solvere cogitur. *d. l. ait prætor. 7. §. 2. ff. de minorib. 2 §. an. l. contra juris. 28. in princ. ff. de pact. d. l. pupillo. 1 §. ff. de solutionib. cum concordantibus.* Igitur adversus eum restitutio in integrum non tribuitur: cùm nihil quicquam ei imputari possit, quòd solverit. *Respondetur etenim:* debitorem quidem cogi solvere, sed non cogi, ut solvat sine judicis cognitione jussu atque decreto: id quod evidentissimè cautum est *in d. l. sancimus. 2 §. Cod. de administrat. tutor. vel curat. & d. §. nunc admonendi. 2. supr. quibus alienare licet, vel non.* Quòd si hoc salutari medio, à jure sibi subministrato, non usus fuerit debitor; sed sine judiciali sententiâ solverit: utique non habet, quòd de ullâ ini-quitate conqueratur, si quid detrimenti inde passus fuerit: cùm hoc universum sibi potius imputare debeat. *Hilliger. d. lib. 16. cap. 10. lit. F. pag. 1483.*

Ad extremum, supra positam conclusionem neuti- 57 quam destruit, quòd qui potest exigere, idem & liberare possit, *arg. l. rescriptum. 10. §. ult. & l. seq. ff. de pact. & l. vero procuratori. 12. ff. de solutionibus.* Sed tutori, vel pupillo, tutore auctore, permissum esse debitum pupillare exigere, non dubitatur. Idèòque etiam illi solutionem exigendo & accipiendo liberare possunt. Hoc, inquam, conclusionem nostram neutiquam destruit. Quia liberaliter & ultrò concedimus, tutorem accipiendo debitum liberare posse: inde verò haudquaquam sequitur, quòd adversus hanc liberationem in integrum restitutio læso pupillo non detur, *ut ex supra dictis clarescit.* Et ita respondet D. Hunnius *d. lib. 3. var. resol. jur. civ. tractat. 8. quest. 7. circa finem.* Hæc de creditoribus ipsi, quibus ritè solvatur.

- 38 Planè & heredibus creditorum rectè solvi indubitatum est: cum in jus obligationis succedant. *l. heredem. 59. §. l. hereditas. 62. ff. de reg. jur.* Et si plures sint, pro parte hereditaria cuique solutio fiet. Unde si major pars heredum interpellat, & depositum repetat: consultius facturum eum putamus, qui magistratus jussu interveniente solvat. *l. si stipulatus sum. 81. §. 1. ff. de solution. Briffon. lib. 1. de solut. p. 223. edit. 1.*
- 39 Pro creditoribus habentur, eorumque loco sunt, tutores, curatores, procuratores, filii familias peculium habentes, & servi actores: quibus an, & quando rectè solvatur, breviter cognoscendum. Rectè autem tutoribus solvi, liquet ex *l. quod si forte. 14. §. 1. 3. 4. 5. §. 6. ff. de solution.* quia hi dominorum loco, circa rerum pupillarium administrationem, habentur. *d. l. tutor. qui. 27. ff. de administrat. §. peric. tutor. l. qui fundum. 7. §. si tutor. ff. pro emptore. d. l. interdum. 56. §. qui tutelam. 4. ff. de furt. l. is, qui in puteum. 11. §. an ignoscitur. 7. ff. quod vi aut clam.* Eadem ratio est in curatore: sive minori, sive furioso, vel prodigo, vel muto, vel furdo, vel cæco datus fuerit. Nam & huic rectè solvitur, quamdiu administrandi potestatem jure concessam habet. *d. l. quod si 14. §. curatori. 7. l. solutam. 49. vers. tutori quoque §. l. servus. 68. ff. de solutionib.* Procurator porro vel verus est, vel falsus: & verus aut generalis, aut specialis. Vero & generali procuratori rectè solvi, etiam absque ratihabitione domini, non valde ambigitur. *l. si procurator. 6. §. Celsus ff. de conduct. indebit. d. l. rescriptum. 10. §. si juncti l. seq. ff. de pact. l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. ff. de solutionib.* Speciali procuratori, de certo debito exigendo mandatum habenti, illud ipsum debitum, non aliud, ritè solvitur: alioqui fines mandati procurator excederet: quos tamen diligentissime custodire debet. *l. diligenter. 5. in princip. l. potest. 4. ff. mandati. d. l. vero procuratori. 12. in princip. ff. de solutionibus.* Hinc procuratori ad lites dato, nec ante, nec post rem judicatam, rectè solvi regulariter, responsum est. *l. hoc jure utimur. 86. ff. eod. l. si procurat. 28. ff. de procurat.* Falso item seu putativo procuratori; si sine mandato alienis negotiis offerenti, non rectè solvitur: & solventes ei, à creditore non liberantur. *d. l. qui hominem. 34. §. si nullo. 4. l. si quis offerenti. 58. ff. de solut.* Hujusmodi tamen solutio convalefcit duobus calibus: I. Si ad creditorem pecunia, falso procuratori data, pervenerit. *l. debitor. 28. d. l. qui hominem. 34. §. si prado. 9. ff. de tit. II.* Si Dominus illam solutionem ratam habuerit. *d. l. vero. 12. §. ult. d. l. qui hominem. 34. §. si gener. 6. d. l. solutam. 49. §. d. l. si quis offerente. 58. ff. eodem.* Servis actoribus, quos credendis & exigendis pecuniis domini præposuerunt, non minus, quam ipsi procuratoribus, & cæteris solvi potest. *l. quod servus. 35. d. l. solutam. 49. l. si is, cui. 94. §. ult. ff. de solut. idque tamdiu, quamdiu vel revocatione, vel domini morte, mandatum scientibus debitoribus non fuerit finitum. d. l. vero. 12. §. 2. l. si quis. 18. l. si servus. 32. d. l. qui hominem. 34. §. si Titium. 3. l. si dispensatori. 51. §. l. si cum. 82. ff. eodem.* Idem juris esse censemus in filiis familias & servis, peculium habentibus. Nam quia ejus administratio hoc importat, ut pecunias credere, & creditas rursus exigere à debitoribus peculiaribus possint: solvere quoque iisdem debitoribus poterunt. *l. fugitivus. 19. d. l. si servus. 32. d. l. quod servus. 35. ff. de solutionib. Donell. d. lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 10. pag. 658. §. seq.*
- 63 Cæterum potestas alii solvendi datur à creditore debitori, vel sine, vel cum stipulatione. Priori casu simpliciter alii solvere debitores jubentur, puta mandantis creditori vel futuro debitori, vel ei, cui donatur est, vel servo, &c. *d. l. soluta. 49. §. l. cum jussu. 64. ff. de solutionib.* Posteriori casu facultas debitori conceditur hoc modo. *Mihi aut Titio dare spondes?* Qui adjectus contractui solutionis
- 64 gratiâ appellatur. Et rectè cuicumque solutionis causa in contractu adjecto solvitur; nullâ nec ætatis, nec statûs vel conditionis, nec scientiæ aut ignorantie creditoris ratione habitâ, nec considerato, eadem mente, quâ creditor velit, an aliâ, solutionem adjectus recipiat. *§. si quis alii. 4. vers. planè supr. de inut. stipulat. l. stipulatus sum. 9. in princ. l. quod stipulatus. 10. l. si stipulatus. 11. d. l. vero. 12. §. 1. d. l. qui hominem. 34. §. si debitorem. 7. l. Stichum. 95. §. quæsitum. 5. ff. de solutionib. l. cum, qui. 56. §. qui tibi. 2. ff. de verb. oblig. Briffon.*

d. lib. 1. de solut. p. 220. §. seq. edit. 1. Quid autem dicendum, si solutionis gratiâ adjectus statum suum & conditionem ante solutionem mutavit: nunquid ei rectè solvi poterit, sic ut promissor solutione liberetur? Et (repudiata opinione Antonii Fabri *lib. 3. conjectur. jur. civ. c. 10.* qui Julianum & Papinianum implacabiliter ab Africano dissentire contendit) illis subscribendum arbitror, qui circa propositam quæstionem ita distinguunt: ut, si status adjecti post stipulationem mutatus fuerit in deterius, velut si maximam vel mediam capitis diminutionem passus, libertate aut civitate privatus fuerit; ei amplius solvi nequeat, *l. cum quis. 38. in princ. ff. de solution.* ubi Atrianus peripicuè loquitur, de illo adjecto, cujus status in deterius fuerit mutatus: ut qui adoptatus fuerit, cui aqua & igni interdictum fuerit, quiq; servus fuerit effectus. Sin verò adjecti conditio vel status in melius sit mutatus, puta si emancipatus fuerit, rectè ei solvi queat. *d. l. cum, qui. 56. §. qui sibi. 2. ff. de verb. obligat.* ubi Julianus loquitur de eo, cujus status quidem fuit mutatus, sed in melius, hoc est, qui emancipatus fuit: & huic rectè solvi posse affirmat. Idcoq; quod à Papiniano scriptum est in *d. l. Stichum. 95. §. usufructum. 6. ff. de solutionibus.* cum quis usufructum libi aut Titio dari stipulatus est, Titio capite diminuto, facultatem solvendi Titio non intercidere, ad eandem speciem, quâ deteriore loco non sit adjectus constitutus, restringendum videtur. Et isthæ distinctio, ex mente & proposito stipulantium sumpta, manifestâ ratione confirmatur. Nam qui stipulantur, sibi aut Titio dari: idcirco in Titii personam solutionem conferunt: quia id agunt, ut Titio datum postea ad se recipiant: & sciunt, quo statu nunc est Titius, se facile ab eo consequi posse. Ex quo intelligitur, hunc quoque eorum animum esse, ut tamdiu solvatur Titio, quamdiu à Titio rectè recipere solutum possunt. At Titio in duriorem causam capite minuto, puta si libertatem amiserit servitute: si civitatem deportatione: si familiam atrogatione; aut desinit esse Titii conveniendi copia, quæ prius fuerat: aut si conveniri potest, desinit esse solvendo: quia in bonis nihil habet. Quod si in meliorem causam status Titii mutatus est, ut quia ex filio familias sui juris factus est; hic contra evenit, ut creditor ab eo citius solutum accipiat: cum pro conditione personæ & facilius conveniri possit, & citius habere, quod creditori solvat. Ita bene docent & sentiunt Donellus *d. lib. 16. Comment. de jur. civ. c. 10. p. 661. Bronchorst. cent. 4. in art. 100. var. assert. 64. Hunnius d. lib. 3. var. resol. tract. 8. q. 4. Vultejus lib. 1. jurisprud. Roman. c. 53. n. 48. §. seqq. Hænon. disp. 17. ad Institut. contr. 25. §. Trentl. disp. 29. th. 3. ad lit. A. vol. 2.*

Quintò & ultimò restat, ut vim & effectum solutionis, rectè factæ, consideremus. Est autem ille, ut per eam omnis obligatio, sive ea sit naturalis, sive civilis; sive re sit contracta, sive verbis, sive consensu; sive denique sit principalis, sive accessoria, ut usuraria & fidejussoria, ipso jure perimatur, hoc princ. nostr. *l. si fidejuss. 59. ff. de cond. indebit. l. si pupil. 22. in princ. ff. ad leg. Falc. l. in omnib. 43. cum l. seq. l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. ff. de solutionib. l. creditori. 5. Codic. de pactis.* Si igitur reus seu debitor principalis solverit: non solum ipse liberatur, sed & fidejussor: ut & pignora, ac hypothecæ. *d. l. in omnibus. 43. ff. de solutionib.* Et contra, si solverit fidejussor: etiam reum ab obligatione, quâ creditori tenetur, liberari non dubitatur, ut hic in fine, & *l. cum is. 36. ff. de fidejussoribus.* Ratio, cur fidejussoris solutio etiam reo proficiat, hæc est: quia solutio licet à fidejussore fiat: ipsius tamen principalis obligationis nomine fieri intelligitur. Cur autem vice versa, solutione rei liberetur fidejussor, & quoque hypothecæ atque pignora, hæc est ratio; quia sunt accessiones. *§. fidejussores ita. 5. supr. de fidejussorib. l. hi, qui accessionis. 34. ff. eodem.* quæ merito, sublatâ obligatione principali, tolluntur. *l. nihil dolo. 129. in fine. l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. cap. accessorium. 42. eod. tit. in 6.* Sed quæri hic poterit: si quis pluribus ex causis unum debitum solvat, quodnam solutum potissimum videri debeat? Et respondendum: in solventis arbitrio situm esse dicere, quod debitum potius voluerit solutum: & quod dixerit, id solutum erit. Certam namque legem dicere ei possumus, quod

solvimus. l. 1. in princ. ff. de solutionibus. l. 1. Codic. eodem. Quod si debitor id non fecerit: convertitur electio ad eum qui accepit, cui potius debito acceptum ferat: dummodo in id constituat solutum, quod ipse, si deberet, priori loco esset soluturus, per jurajam allegata. Si voluntatem suam neuter expressit: siquidem ejusdem sint qualitatibus, & paria cuncta debita: ex omnibus summis pro portione solutum videbitur. l. illud. 8. ff. de solutionibus. Sin disparia fuerint: alia videlicet controversa, alia plana: famosa alia, alia non famosa: ex causa judicati alia, alia non: cum pœnâ alia, alia sine pœnâ: pura alia, alia conditionalia: semper in duriores & graviores causas solutio imputabitur. l. 3. 4. 5. & l. si quid. 7. ff. d. rit. ibique in Paratit. Wesenbec. num. 7. Eamque rem copiosius pertractant Sichelardus ad d. l. 1. Cod. de solut. Donell. d. libr. 16. Comment. de jur. civ. cap. 12. pag. 672. cum seqq. & Paulus Berens disput. 12. ad Institut. them. 3. quæst. 7.

S. Item per acceptilationem, 1. cum

S. seq.

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio, imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiat hęc verba debitorem dicere: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* & Titius respondeat, *habeo.* Sed & Græcè potest acceptilatio fieri: dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet exigi, *ἔχεις λαβὼν ἀνὰ τὸν τόσον; ἔχω λαβὼν*, id est, tot denarios acceptos habes? acceptos habeo. Quo genere (ut diximus) tantum ex solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem, aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte rectè solvitur: ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

S. 2. Est autem prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est: *Quicquid te mihi ex quacunque causâ dare facere oportet, oportebitvè, præsens, in diemvè: quarumcunq; rerum mihi tecum actio est, quaque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritvè: quodvè tu meum habes, tenes, possides, dolovè malo fecisti, quo minùs possideas:* quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spondit, id haberetne à se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit: Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

S U M M A R I A.

- 1 Acceptilatio tollenda obligationis modus civilis est, ut solutio naturalis.
- 2 Intellectus l. an inutilis. 8. §. ult. ff. de acceptilat.
- 3 Acceptilatio unde dicta.
- 4 Acceptilationis definitio secundum Justinianum.
- 5 Eiusdem definitio secundum Modestinum.
- 6 Acceptilatio cur vocetur mutua interrogatio.
- 7 Acceptilatio differt à stipulatione: & num. 28.
- 8 Definitio ista Modestini tam ad acceptilationem simplicem, quam Aquilianam referenda.
- 9 Inter acceptilationem & apocham quid intersit.
- 10 Ut stipulatio, ita & acceptilatio, quibuscunque verbis fieri potest.
- 11 Eo genere unumquodque dissolvi debet, quo colligatum est.
- 12 Acceptilatione tollitur tantum verborum obligatio.
- 13 Gallus Aquilius quis fuerit, & quas formulas prodiderit.
- 14 Acceptilatio per Aquilianam stipulationem quomodo fiat.
- 15 Verbum causa latissime patet.

- 16 Verba dare, facere, quid importent.
- 17 Verbis oportet, oportebitvè, &c. quid significetur.
- 18 Actio, petitio, persecutio differunt.
- 19 Meum quid sit.
- 20 Habere, tenere, possidere differunt.
- 21 Dolus pro possessione est.
- 22 Quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit.
- 23 Acceptum rogare, & acceptum ferre qui possint.
- 24 Ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest.
- 25 Acceptilatio partis an rectè fiat.
- 26 Acceptilatio, utpote actus legitimus, purè fieri debet.
- 27 Quod in diem, vel sub conditione debetur, quatenus acceptilatione tollatur.
- 28 Acceptilatio inutilis utrum utile contineat pactum.
- 29 Inter stipulationem & acceptilationem differentia.
- 30 Infra promissa sunt ad liberandum, quam ad obligandum.

Secundus perimendæ obligationis modus, est acceptilatio. Qui modus civilis est: ut solutio naturalis. l. verborum. 107. ff. de solutionibus. l. actus legitimi. 77. ff. de reg. juris. Solutio quippe debiti rudior planiorque est, omnibusque gentibus non incognita: acceptilatio exactior, subtiliorque, & à Romanis Legumlatoribus inventa, teste hic Equinario Barone, & Richtero in tract. de contractibus. disput. 14. th. 3. pag. 408. Neque obstat l. an inutilis. 8. §. ult. ff. de acceptilat. ubi dicitur, hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio. Nam id intelligendum est non de origine & formâ, sed de usu frequenti acceptilationis, quia nimirum ita frequentet inter homines usurparetur, atque si esset juris gentium. Unde & Græcè fieri potest acceptilatio, ut dicitur hic, in vers. sed & Græcè & d. l. 8. §. ult. ff. d. tit. Rittershus. & Vult. hic num. 2. & D. Bocer. numer. 32. cum seqq. pag. 546. Cujac. in l. 1. §. fin. ff. de verb. obligat. & lib. 5. obs. cap. 36. Gædd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 2. numer. 34. Arumaus Exercuat. Justin. 16. thes. 11. Forster. jun. lib. 3. disp. 19. th. 9. Trentler. disp. 29. th. 4. ad lit. A. vol. 2. Henon. disp. 17. ad Institut. controvers. 27. Anton. Faber. Jurisp. Papin. tit. 2. princ. 4. illat. 1. Giphart. lib. 3. disp. 32. th. 9. & 10. ibique Oleman. n. 15. & expositum ad princ. i. supr. de verb. obligat. n. 35. Et si autem D. Collega Bocer. hic n. 36. pag. 547. aliam istius rei considerationem afferre videtur: attamen illa in effectu cum hac nostrâ explicatione congruit. Nam & ipse num. 35. dicit: acceptilationem non quidem inventione & origine, sed usu tantum linguarum omnium, quibus concipi potest, juris gentium dici posse. Et tamen postea num. 36. subjicit: acceptilationem non nisi ineptè juris gentium dici propter usum. Itanè verò ineptus est D. Bocer. ut se ipsum ineptiarum arguat? Cur ipse sese culpât? An quia & alibi se ipsum collaudat, more scilicet illorum, quos gloria vexat inanis? De intellectu dicta l. 8. §. ult. ff. de acceptilat. videatur quoque Bachovius hic n. 1. p. 844. Dicta est acceptilatio, ab acceptum ferendo, quod sit confessio quasi rei acceptæ: cum acceptum ferre dicatur, qui confiteretur, se ab aliquo accepisse, quod non accepit. l. ex pluribus 89. ff. de solutionibus. l. servus. 6. in fin. ff. de manumiss. l. tali. 43. §. 1. ff. de jure dot. l. cum & sortis 35. ff. de pignorat. action. Wesenb. hic n. 1. & Heigius n. 3. Illam Justinianus hoc loco breviter, & non usque adeò insecrè, describit; quod sit imaginaria solutio. Quia non re & numeratione fit, ut solutio, de qua jam supra in principio hujus tituli abundè dictum: sed tantum verbis. Debitor enim se acceptilatione liberans, nihil reverâ creditori solvit: sed verbis perinde, quasi debitum præstiterit, liberatur. l. si ex pluribus. 16. in fine principis. ff. de acceptilatione. l. non solum autem 7. §. 1. ibi, quia acceptilat. solutioni comparatur. ff. de liberat. legat. 2. Modestinus acceptilationem definit, quod sit liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio. l. 1. ff. de acceptilat.

Mutuam vocat interrogationem, non quod uterque, & creditor & debitor, interroget: sed quod mutuam, & subsequentem responsionem, tanquam partem prioris interrogationis, habere videatur. Hęc interrogatio & responsio in acceptilatione non est quælibet, sed ea, quæ liberationi conveniat. Acceptilatio siquidem fit liberandi debitoris gratiâ: qui finis est acceptilationis, & quo ipso à stipulatione distinguitur. Nam licet & ea verbis fiat, per interrogationem unius, & responsionem alterius: tamen non

non sic liberandi, sed obligandi gratiâ, illius scilicet, qui respondet. *l. stipulationum. §. §. stipulatio. 1. ff. de verbor. obligat. 1.* Quare non malè sentiunt, qui definitionem istam in genere intelligunt; sicq; tã ad acceptilationem simplicem (quæ obligationes verbis initas tollit) quàm ad Aquilianam (quæ alias quascunque obligationes perimit) referunt, *Accurs. & Dd. communiter in d. l. 1. ff. de acceptilat. Trent. d. disp. 29. th. 4. lit. B. & Hillig. in Donello enucleat. lib. 16. c. 2. 1. ad lit. B.* Tametsi alii repugnent; & definitionem illam Aquilianæ tantum acceptilationi congruere arbitrentur. *Cujac. lib. 5. obs. c. 36. Hotom. lib. 3. obs. c. 18. Wesenb. n. 2. Vnitejus n. 4. & Borcholt. n. 5. in hoc §. nostro.* Novissimè quoque Dn. Collega Bocerius opinatur, in *Comment. ad hunc §. n. 5. p. 543.* prædictam Modestini definitionem non posse referri ad simplicem acceptilationem, tum propter illa definitionis verba, *per mutuam interrogationem*: tum etiam propter verba, *utriusque absolutio*. Ad priora verba quod attinet: jam supra ostensum est, *n. 6.* quomodo intelligenda sint. Posteriora verba itidem nihil patrocinantur D. Bocero: dummodò meminerimus, quòd interdum etiam creditor liberari dicatur, *ut in l. si pupilli. 6. §. 1. ibi, creditorem tuum, vel pignus tuum liberet. ff. de negoc. gest. l. 1. §. sed si ab alio. 1. 1. ibi, liberavit eum, qui in navis refectioem crediderat. ff. de exercit. act. l. quoties. 9. §. sicut autem. 5. ibi, quia tutor se potuit liberare. ff. de administrat. & peric. tutor. & l. item si filius familias. 7. §. si filius accepit. 1. 4. ibi, ut eum liberaret, qui si peteret. ff. ad SC. Macedon.* Vult igitur Modestinus: per acceptilationem contingere *utriusque*, id est, tam debitoris, quàm creditoris, *absolutionem* seu liberationem: ut neque debitor amplius conveniri possit à creditore: neque etiam creditor necesse habeat convenire debitorem. Haud quaquam verò mens Modestini est: quod per acceptilationem illam, quam ibi definit, à duplici nexu absolutio contingat. Nam expressè unius duntaxat nexus facit mentionem, ibi, *ab eodem nexu*, &c. quod, mirum est, Bocerius non animadvertisse. Ex hoc ipso igitur evidentissimè apparet: Modestinum nullatenus voluisse Aquilianam solummodo acceptilationem definire, utpote per quam non ab uno tantum, sed à duplici nexu absolutio contingat. Inter acceptilationem & apocham hoc interest: quod acceptilatione omni modo liberatio contingit, licet pecunia soluta non sit: apochâ non aliâs, quàm si pecunia soluta sit, auctore Ulpiano in *l. si accepto. 19. §. 1. ff. de acceptilat.* Est quippe apocha nihil aliud, quàm syngrapha sive cautio creditoris, data debitori; quâ sibi solutam pecuniam creditor proficitur, *arg. l. qui tabulas. 27. §. apocha. 2. ff. de furt. l. pecunia. 14. Cod. de solution. & liberat. Vide Althusium lib. 1. dicaolog. c. 90. n. 13. pag. 325. & lib. 2. cap. 20. n. 14. p. 585.* Cum autem acceptilatio in se stipulationem contineat: & stipulationes quascunque linguâ, & quibuscunque verbis, consensum & affectionem utriusque contrahentis exprimentibus, fieri possint, *§. 1. supr. de verb. obligat. l. 1. §. fin. ff. eod. rationi consentaneum erit, idem & in acceptilatione esse receptum, ut hic in §. 1. & d. l. an inutilis. 8. in fin. ff. de acceptilat.* Igitur cum verbis tantummodo acceptilatio fieri possit: inde apparet, per eam illas duntaxat obligationes tolli, quæ verbis; non item, quæ re, literis, aut consensu constant, *hoc §. 1. & d. l. an inutilis. 8. §. acceptum. 3. ff. eodem.* Naturæ enim conveniens est: eo genere dissolvi unumquodque, quo & ligatum est. *l. nihil tam naturale. 3. §. ff. de regul. juris.* Sic quæ consensu contracta sunt: contrario consensu perimuntur. *l. prout. 80. ff. de solutionib. & audiemus in §. ultim. infr. hoc titulo.*

introducitas, rursus solennitate verborum perimi. Et hæc ab Auctore Aquiliana stipulatio dicitur. *§. 2. hoc tit. l. Aquiliana. 4. ff. de transactionib.* Sed formulæ stipulationis Aquilianæ verba, quæ hic in *d. §. 2. & in l. §. uno. 18. §. 1. ff. de acceptilat.* referuntur, expendamus accuratius. In eâ ita legitur: *Quidquid te mihi ex quacunque causâ.* Verbum *causâ* latissimè patet, & omnes omnino actionum causas complectitur, non solum obligationes tam ex delicto vel quasi, quàm ex contractu vel quasi, ex quibus actiones in personam descendunt; verum etiam causas actionum in rem, vel mixtarum, *argum. l. certi conductio. 9. in princ. ff. de reb. credit. si cert. petet.* Hæc duo verba, *dare facere*, plerumque ita sine conjunctione usurpari solent. *l. si à colono. 89. l. qui Roma. 122. §. 1. ff. de verb. obligat. l. duo societatem. 71. ff. pro socio. l. cum rem. 11. ff. rem pupilli salv. fore. l. emptor. 27. ff. de novationib. & apud Ciceron. d. lib. 3. officior. quem admodum & hæc: uti frui, ire agere, agi fieri, dare legare, aliaque nonnulla. *l. 1. §. 1. ff. quod cuiusque universitat. nomine, &c. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* Quæ duo verba in actionum formulis usitata, sic interpretanda sunt, ut quamvis soluta sint, pro separatistamen accipiantur, & quod vis five alterutrum eorum sufficiat probare. *l. sepe. 35. ff. de verb. significat. faciendique appellatione omnis omnino faciendi causa comprehendatur; nempe solvendi, dandi, numerandi, judicandi, reddendi, ambulandi. l. faciendi. 175. & l. verbum facere. 18. ff. d. tit.* Sequuntur hæc verba: *oportet, oportebitve, præsens, in diemve.* Quibus verbis indicatur: hac formulâ contineri obligationes tam puras, & præsentis, quàm in diem, vel sub conditione. *l. quod in diem. 12. ff. de acceptilat. l. sub conditione. 16. ff. de solutionib.* Nam verbo, *oportet*, præsens tantum debitum; verbo, *oportebit*, utrumque, id est, tam præsens, quàm futurum, demonstratur. *d. l. si à colono. 89. ff. de verb. obligat. l. si scripisset. 46. ff. de legat. 2. l. verbum oportebit. 8. ff. de verb. significat.* Subduntur & ista: *Quarumcunque rerum mihi tecum actio; quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est, eritve.* Actio propriè in personam est: petitio in rem: persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet. *l. actio. 28. ff. de obligat. & actionib. l. pecunia verbum. 178. §. actionis. ff. de verb. significat.* Sensus ergo est: quidquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes. *Brissou. lib. 2. de solutionib. pag. 258. edit. 1.* Adjicitur insuper in eadem formulâ: *Quodvè tu meum habes, tenes, possides.* Meum est, cujus vindicandi jus habeo. *l. Quintum. 27. §. 2. ff. de aur. & arg. legat.* Meum est & id, cujus proprietates ad me spectat, licet alienus sit ususfructus. *l. rectè dicimus. 25. ff. de verb. significat. l. 2. ff. de conditionib. institution.* Habere, plerumque ad jus refertur: tenere propriè ad merum factum: possidere, ad factum jure mixtum: ut dominus fundum habet: possessor bonæ fidei eum possidet: & fructuarius tenet, *l. habere. 188. ff. de verb. signif. l. stipulatio ista. 38. §. hac quoque cum duob. §§. seqq. ff. de verbor. obligat.* Apponuntur & illa: *dolo malo fecisti, quo minus possideas.* Quia dolus pro possessione est: adeò, ut qui dolo desit possidere, pro possessore habeatur. *l. qui dolo. 132. l. parem. 150. l. adea. 157. §. 1. ff. de reg. jur.* Ait præterea formula: *quantiqueque earum rerum res erit, &c.* Nam cum realibus actionibus stipulatio quoque hæc accommodetur: certè rem nostram nobis stipulari non possumus, nisi æstimationem ejus complectamur: cum quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequeat. *§. 2. ibi, vel rem suam. supr. de inutilib. stipulat. l. nemo. 82. ff. de verb. obl. §. sed si rem. 10. supr. de legat. & §. sic itaque discretis. 14. infr. de actionib. Baro & Heigius hic n. 11.* Illa demum nomina, *Aulus Agerius, & Numerius Negidius*, exempli loco ponuntur, ut aliâs solent Cajo Sejus, Lucius Titius, Sempronius, &c. *l. tutor. 41. §. ult. ff. de usur. & nota. Rittershusius hic circa finem.* Quamquam autem multa, in istâ Aquilianæ stipulationis formulâ, verba exprimentur: non tamen opus est, creditorem omnibus verbis in ea comprehensis sic uti, ut hic referuntur: sed satis est, ipsum de suâ obligatione interrogare. Quid enim, si tantum facere, vel dare tenearis? utrumque sanè frustra comprehenderetur. Verum Galus Aquilius verbis tam latè parentibus eam formulam ideo concepit: ne scilicet ullum genus obligationis,*

ex quacunque causâ proveniens, prætermisum videretur; ut bene hic in fine *Mynsingerus* docuit.

- 23 Porro acceptum rogare ii duntaxat possunt, qui debent, & acceptum facere sive ferre & habere, quibus debetur. Itaque procurator, tutor, curator, & similes, non rectè alieno nomine acceptum faciunt, aut rogant: nisi novata priore, & in personam rogantis transfusa obligatione. *l. § per iusjurandum. 13. § tutor. 10. ff. de acceptil. ibique Wesenb. in paratit. n. 3. l. pactum. 22. C. de pact. Brisson. d. lib. 2. de solutionib. post principium. Gædd. in Commentar. de contrah. & committ. stipulat. c. 12. conclus. 3. n. 27. Cujac. lib. 5. observat. c. 36. & lib. 15. c. 16. Vult. lib. 1. jurispru. Rom. cap. 55. n. 10. cum seqq. Donell. lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 21. pag. 734. Giph. lib. 3. disp. 32. th. 12. ibique in suis notis Oleman. n. 17. & seqq. Eadem de re vide Hottomannum lib. question. illustr. cap. 34. & lib. amicabil. respons. cap. 30. Antonium Fabr. lib. 2. semestr. c. 22. hosque referentem D. Bocerum hic n. 8. & seqq. p. 544. nec non Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 13. quest. 6. p. 462. & seqq. Sanè & ex uno, & pluribus contractibus, vel certis, vel incertis, vel quibusdam, exceptis cæteris, & omnibus ex causis una acceptilatio & liberatio fieri potest. *d. l. § uno. 18. in princip. ff. de acceptilat.* Quin etiam sicut quod debetur, pro parte rectè solvi, volenti scilicet creditori, potest, per ea, quæ tradidimus supra ad principium tit. quib. mod. re contrahit. obligat. n. 126. & seqq. ita & quod debetur, ex parte tolli posse acceptilatione, expediti juris est, hoc §. nostro 1. in fin. l. pars stipulationis. 9. l. sed & si 10. & l. qui hominem. 17. ff. de acceptilat. modo debitum divisionem recipiat. *d. l. § per iusjurandum. 13. § 1. & 2. ff. eodem. Bachovius hic n. 4. pag. 846. & seqq.* Præterea acceptilatio purè fieri debet: quoniam in diem vel sub conditione, cum actus sit legitimus, fieri nequit. *l. 4. & 5. ff. de acceptilat. l. actus legitimi. 77. ff. de regul. jur. Arumæus exercit. just. 16. thes. 12. tametsi id, quod in diem, vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli possit, l. quod in diem 12. l. si sub conditione. 2. 1. ff. de acceptilat. l. sub conditione. 16. ff. de solutionib. in eum casum, si postea cōditio existat, vel dies eveniat. d. l. si sub conditione. 2. 1. ff. de acceptilat. Sed illa cōditio & illa dies insunt ex ipsâ re: non autem acceptilationi. *l. interdum. 73. ff. de verbor. obligationib.* Quod genus diei vel conditionis tam quoad effectum, quam multa alia, longè distat à conditione & die, ipsâ conventionem & obligationem comprehensio: ut colligere licet ex *d. l. interdum. 73. ff. eod. & notat. Gædd. d. cap. 12. conclus. 3. n. 26.* Illud tandem hîc obiter monendum: quod acceptilatio inutilis utile contineat pactum, ejusque vim habeat. *l. si unus. 27. § penult. ff. de pact. d. l. an inutilis. 8. in princ. ibi, & nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pact. & l. si accepto. 19. in princ. ibi, vel pacti conventi. ff. de acceptil.***
- 29 Nec obstat, quod acceptilatio fiat per stipulationem, *argum. l. 1. & d. l. an inutilis. 8. § 3. ff. d. tit.* Inutilis verò stipulatio non producat utile pactum. *l. 1. § si quis ita. 2. ff. de verbor. obligation.* Nam respondendum: discrimen evidens esse inter stipulationem & acceptilationem. Illa quippe obligationem parit: hæc liberationem, hoc §. nostro. & *d. l. 1. ff. de acceptilat.* Jura autem proniora sunt ad liberandum, quam ad obligandum, si ulla sit occasio. *l. Arrianus. 47. ff. de obligat. & actionib. & expositum jam supra ad principium tit. de verb. obligat. n. 41. & seqq.* Atque ita sentiunt Donellus & Cujac. in *d. l. 1. § si quis ita. 2. ff. d. tit.* Gædd. in *l. natura cavillationis. 177. n. 2. ff. de verb. significat. & d. Comment. d. contrah. & committ. stipulat. c. 3. conclus. 13. n. 201. Jul. Pacius in epit. jur. disput. 15. thes. 30. D. Bocer. class. 4. disput. 19. thes. 113. edit. 2. Arumæus d. exercit. justin. 16. thes. 13. D. Rümelin. exercit. 16. ad Institut. thes. 9. sub lit. b. pag. 151. Borcholt. in Commentar. de verbor. obligat. cap. 1. n. 16. Andreas Gerhardi decad. 16. quest. 7. Matth. Steph. cent. 3. quest. 97. Knipschildt d. exercit. 13. quest. 7. pag. 463. cum seqq. Roberus disput. 18. thes. 9. & Forster. junior. lib. 3. disputat. 19. thes. 11. ubi Accursium, Duarenum, Zasum, & Gothofredum dissentientes allegat.*
- §. Præterea novatione. 3.

Præterea novatione tollitur obligatio: veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio dari stipu-

latus sis. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo, ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus. Nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit à qua postea stipuleris: ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit: fortè si cōditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si cōditio adjiciatur, novationem fieri: sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si cōditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed, cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat: per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri: & quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant: ideo nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utrâque causâ obligatio, secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

SUMMARIA.

- 1 Novatio quid, & unde.
- 2 Solutio in quo differat à novatione.
- 3 Novatio duplex: voluntaria, & necessaria.
- 4 Divisio isthac defenditur.
- 5 Delegatio est species novationis.
- 6 Quatenus novatio, quatenus item litis contestatio præcedentem obligationem novet.
- 7 Quæ sit litis contestationis natura.
- 8 Novatio voluntaria differt à novatione necessaria.
- 9 Judicatum quatenus novet obligationem priorem.
- 10 Actor litem contestando non deteriorem, sed meliorem facit conditionem suam.
- 11 Nulla novatio sine animo novandi procedit.
- 12 Actio quid sit.
- 13 Judicium redditur in invitum.
- 14 Litis contestatio quo animo fiat.
- 15 Novatio necessaria quæ sit: item quæ voluntaria.
- 16 Novatio voluntaria bifariam fieri solet.
- 17 Delegatio quomodo fiat.
- 18 Novatio fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum sit, vel detractum.
- 19 Obligatio inutilis quæ hoc loco dicatur.
- 20 Pupillus infans ne naturaliter quidem obligatur.
- 21 Servus jure civili personam non habet.
- 22 Quæ obligationes novari possint.
- 23 Dies incertus pro conditione est.
- 24 Utrum novatio locum habeat saltem in principali obligatione, an etiam in fidejussione.
- 25 Regula standum est, donec de exceptione doceatur.
- 26 Quo casu fidejussor per novationem non liberetur.
- 27 An præcedens obligatio pœnali stipulatione novetur.
- 28 Qualibet stipulatio à fine suo aestimatur.
- 29 Pœnalis stipulatio est accessoria ad principalem.
- 30 Quod in alicujus favorem introductum est, in odium ejus conversi non debet, & vice versa.
- 31 Mens & sententia *l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penu legat. & l. si penum. 24. ff. quando dies legatorum, &c.*
- 32 Novatio quid sit.
- 33 Tacita vel expressa legati ademptio non est obligationis transmissio.
- 34 Dispar legati & stipulationis ratio.
- 35 Intellectus & explicatio *l. obligationum ferè. 44. §. fin. ff. de obligat. & actionib.*
- 36 Promissor facti præstando interesse liberatur.

- 37 Non aliter hodie fit novatio, quam si novare se velle contrahentes nominatim ac specialiter exprimant.
 38 Verus intellectus l. qui usus fructum. § 2. §. fin. ff. de verb. obligat.
 39 Consideratio. l. aliam causam. 29. ff. de novationib.
 40 Sensus l. si rem. § 1. §. 1. ff. de novationib.
 41 Sententia l. 2. l. si ita fuerit. 6. ff. d. tit. & similia.
 42 Nunquid ex praesumptionibus & conjecturis verisimilibus jure novo induci novatio possit.

TERTIUS modus, quo obligationes ab initio recte contractae ipso jure dissolvuntur, est novatio. Cujus nobis ex Ulpiano in haec verba definitio proponitur. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. Hoc enim modo prior quidem obligatio perimitur, sed simul alia nova constituitur: unde & nomen accepit. l. 1. ff. de novation. & delegat. ibique Bartol. Sebast. Medic. in tract. de novat. quest. 1. & 2. pars. 1. Goedd. in Comment. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 7. n. 49. & seqq. ubi definitio-
 2 nem hanc exponit fusius. Differt igitur solutio a novatione: quod per illam ita dissolvitur obligatio, ut nulla omnino remaneat: per hanc ita, ut eam sublatam excipiat & subsequatur alia, d. l. 1. ff. eod. Vult. lib. 1. jurisprudent. Rom. c. 56. n. 1. Richter in tract. de contractib. disput. 14. th. 4. pag. 408. & seqq. Dividitur novatio in voluntariam, quae fit extra judicium, per stipulationem, de qua hic: & non voluntariam, sive (ut vulgo loquuntur) necessariam, quae fit in judicio, per litis contestationem. l. aliam. 29. ff. de novat. ubi Wesenbec. in paratit. n. 3. & 4. Petrus Greg. lib. 21. Syntagm. jur. univers. c. 20. n. 2. Donell. ad rubr. Cod. de novat. & delegat. n. 5. & lib. 16. Commentar. de jur. civ. c. 20. pag. 728. ibique Hilliger. in suis notat. lit. B. & C. Speculator. lib. 4. part. 3. tit. de obligat. & solut. n. 24. verj. & dicitur hac, &c. Duaren. in Comment. de novat. cap. 1. Goedd. d. Comment. de contrah. & committ. stipulat. capit. 5. conclus. 8. n. 70. & seqq. D. Bocer. clas. 4. disp. 19. thes. 96. & in hoc §. n. 3. cum seqq. pag. 550. Althus. lib. 2. diceolog. c. 19. n. 5. pag. 582. Schegg. in delib. jur. disp. 20. thes. 13. lit. B. Treutler. disput. 29. thes. 5. lit. D. Wegner. disp. 13. ad instit. thes. 8. lit. B. & E. Voluntariam quandam novationem esse, inter omnes convenit, propter
 4 textum expressum in d. l. aliam. 29. ff. de novat. Sed esse quandam non voluntariam seu necessariam, negat Accursius ad l. ult. post princip. super verb. si enim novatur. Cod. de usur. rei judicat. & Bullonius lib. 2. de solution. sub tit. de novatione. vers. novatio per stipulationem fit. pag. 263. Verum divisionem istam vulgatam esse verissimam, nec ab interpretibus confictam, patet evidenter ex d. l. aliam. 29. ff. de novat. ubi dum Paulus aliam novationem statuit voluntariam: sequitur inde, quod alia non sit voluntaria, sive necessaria. Frustra enim alias adderetur in ista lege verbum voluntaria, si non distinctionis gratia adderetur. Deinde in eadem l. 29. novationi voluntariae opponitur judicium acceptum sive litis contestatio. Atqui frustra hac fieret oppositio, si litis contestatio non foret quædam novatio. Accedit textus apertus in l. delegare. 11. §. 1. ff. de novationib. ubi dicitur, delegationem fieri vel per stipulationem, vel per litis contestationem. Delegationem autem speciem esse novationis colligitur ex hoc §. nostro, & ibidem notat Mynsinger. n. 2. Ergo & litis contestatio quædam novationis species recte statuitur. Erata hanc quoque sententiam tuetur D. Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civil. tractat. 8. q. 9. nec non D. Besoldus in delibatis juris ex lib. 46. ff. q. 2. pag. 177. & seqq. Adde Bachovium hic n. 2. & 3. pag. 349.

Cui non obstat, quod novatio præcedentem obligationem tollit, & novam constituit. d. l. 1. ff. de novat. At litis contestatio nullam obligationem tollit. l. fundum. 28. vers. nec si litem actor. ff. eod. sed potius obligationem firmat atque corroborat, eamque, quæ alias temporalis erat, perpetuat. l. omnes actiones. 139. ff. de reg. jur. Proinde litis contestatio non potest dici novatio. Hoc, inquam, non obstat. Quamvis enim litis contestatio priorem obligationem non novet, quoad substantiam & materiam, prout voluntaria novatio essentiam obligationis mutat: novat tamen quoad formam; quoniam ex temporali facit perpetuam: sicut illa, quæ tempore erat peritura, fiat perpetua, & non nisi 30. annorum præscriptione extinguatur. §. 1. in fine. infr. de perpet. & tempo-

ral. actionib. l. 1. & 2. Cod. de annali exceptione, &c. atque illa, quæ morte rei peritura erat, nec in heredes ipsius transitura, in heredes transeat. l. omnes. 26. l. constitutionibus. 33. l. sciendum. § 8. ff. de obligat. & action. l. poenalia. 164. ff. de reg. jur. l. unic. C. ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniantur. Deinde litis contestatio præcedentem obligationem, in judicium deductam, novat, quoad quid duntaxat; hætenus scilicet, quatenus novationem fieri actori prodest: non quatenus in veteri actione aliquid commodi actoris verlatur, quod novatione facta ei interverteretur. Siquidem hæc litis contestationis indoles & natura est: ut conditionem actoris nunquam deteriore reddat, sed meliorem. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur. Quare hac novatione necessaria, quæ fit per litis contestationem, nec pignora, nec hypothecæ, nec fidejussores liberantur, l. grege. 13. §. etiam si. 4. ff. de pignori. & hypothec. l. Grace. 8. §. & post litem. 3. ff. de fidejussorib. nec usurae sistuntur. l. lue. 35. ff. de usuris. l. 1. C. de judiciis. nec mora purgatur. l. si insulam. 84. ff. de verbor. obligationib. ut novatione voluntaria. l. novatione. 23. ff. de novationib. Quia alias litis contestatione deterior redderetur conditio actoris, contra d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur. Unde & ipse Paulus J. C. fatetur, novationem voluntariam differre a novatione necessaria, quæ litis fit contestatione: ita, ut illa creditori nocere possit, hæc non item: atque per hanc novetur actio solummodo, quatenus creditori sive actori proderit, non quatenus oberit. d. l. aliam. 29. ff. de novat. Vide Philippum Knipschildt exercitat. Acad. 15. quest. 8. pag. 465.

Similiter non obstat, si quis ita argumentetur: Si de-
 9 mum per judicatum fit novatio prioris obligationis: sequitur, eam prius per litis contestationem factam non esse. Atqui per judicatum demum fit novatio prioris obligationis. d. l. ult. in fine principii. Codic. de usuris rei judicate. Igitur non fit novatio per litis contestationem. Hoc, inquam, argumentum non obstat. Quia judicatum per se & propriè, priorem obligationem non novat: sed inchoatam & antè factam per contestationem litis novationem perficit & continuat, argum. l. licet. 3. §. idem scribis. 11. ff. de peculio. & Lex duobus. 16. ff. de duob. reis constituend. indeque novatio dici videtur. d. l. ult. post princip. Cod. de usur. rei judicat. Siquidem cum actor, jus
 10 suum deducendo in judicium, & hoc intendat, & jura suadeant, ut eo ipso conditionem suam faciat meliorem, non deteriore. d. l. non solet. 86. & l. seq. ff. de reg. jur. censetur sub hac conditione litem contestando novationem fecisse, ac transfudisse priorem obligationem in hanc judicialem, si sententia & res judicata sequatur: item si pro actore judicetur. Vide D. Bocerum hic n. 8. pag. 550. Sic quoque non obstat hæc argumentatio: Nulla nova-
 11 tio sine animo ac voluntate novandi procedit. l. 2. ff. de novationib. l. ult. Cod. eod. & hoc §. nostro. At cum creditor judicio agit cum debitore, non vult a priore actione recedere: sed maxime studet eam salvam habere, & judicio persequi, quod eâ actione debetur. Nam persecutio ejus, quod nobis debetur, nihil aliud est, 12 quam actio illa prior, quæ in judicium deducitur, argum. principii tit. infr. de actionib. Qua propter litis contestatione non fit novatio. Ist hæc, dico, argumentatio non obstat. Quandoquidem responderetur: animum, propositum & voluntatem novandi in utroque, tam creditore, quam debitore, requiri duntaxat in voluntaria novatione, unde & nomen habet: in necessaria verò, quæ fit per
 13 judicii acceptionem, seu litis contestationem, non item: quoniam judicium etiam in invitum redditur. l. inter stipulantem. 83. §. 1. ff. de verbor. obligationib. Atque de vo-
 14 luntaria novatione adducti textus haud dubiè loquuntur. Quin imo cum litis contestatio utrinque hoc animo fiat, ut de illa controversia & lite ad eundem judicem eatur, & quod judicatum ab eo fuerit, custodiatur, nisi fas sit & licitam provocare, quis omnem novandi animum hic adesse, negare poterit? Ex quibus omnibus ita
 15 discussis colligitur: necessariam novationem esse eam, quæ fit per litis contestationem, sed sub conditione judicati. d. l. aliam. 29. ff. de novat. d. l. ult. C. de usur. rei judic. d. l. 1. & 2. C. de judic. voluntariam verò eam, quæ fit per stipulationem, libera personarum contrahentium voluntate,

luntate sine iudicii necessitate. *d. l. 1. §. 1. & d. l. aliam. 29. ff. de novation. Speculator, Gœddens & Donell. locis præallegatis.*

- 16 Cæterum sciendum est: novationem voluntariam bifariam fieri: vel in eandem personam; veluti, *centum, quatuor mihi debes ex empto, promittis dare?* aut *centum, quatuor mihi debes sub conditione, promittis purè?* Promitto: de quâ novatione hic in versis. *sed si eadem persona, &c.* vel in personam aliam: ut *centum, quatuor Sejus mihi debet, tu Sempronio mihi promittis?* Promitto: de qua hic initio. Cui novationi similima est delegatio: semper quippe ea hac novatione in alium fieri consuevit. *d. l. delegare. 11. in princ. ff. de novationib. Althus. lib. 2. dialectolog. cap. 19. n. 24. & seqq.*
- 18 pag. 583. Novatio igitur fieri nequit, nisi aut nova persona interveniat, à qua idem, quod priore obligatione continetur, stipulemur: aut aliquid novi in posteriore stipulatione adjectum vel detractum sit: ut dies, conditio, fidejussor, &c. *hoc §. nostro. & d. l. ult. C. d. tit.* Ad eod autem novæ personæ interventu novatio fit, & prima obligatio, in posteriorem translata, deletur: ut interdum, licet stipulatio posterior, qua novatio fit, inutilis existat: tamen prior obligatio tollatur: veluti si id, quod tu Titio debebas, Titius à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit: quo casu novatio fit, & res amittitur, id est, debitum Titio perit. Nam & tu, tanquam Titii prior debitor, liberaris; & posterior obligatio nulla, & inutilis est; hoc est, pupillus absque tutoris auctoritate promittens, quod tu debebas Titio, non obligatur, *hoc §. nostro. vers. adeo, ut interdum, &c.* Inutilis autem hoc loci obligatio dicitur, non quæ utroque jure, & civili, & naturali, nullius momenti est: sed quæ auctoritate juris civilis destituta, naturali solum vinculo nititur. Et enim si in tantum posterior obligatio nulla esset, ut ne naturali quidem jure subsisteret: prior certè novatione
- 20 extingui non posset. Nunquam enim novatione obligatio prior perimitur: nisi sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter. *d. l. 1. §. 1. ff. de novationib.* Hinc inferre licet: si quis à pupillo infante, vel infantie proximo, tutore nō auctore, stipulatus fuerit animo novandi, quod alius debet: nullam ex hac stipulatione novationem factam esse, prioremque obligationem adhuc remanere: cum ejusmodi pupillus ne naturaliter quidem obligari possit, *ut docuimus ad §. pupillus. 9. supr. de inutilib. stipulationib.* Et quod de pupillo diximus: non idem (inquit Imperator *hic in vers. non idem juris, &c.*) dicendum est,
- 21 si quis id, quod alter debet, à servo fuerit stipulatus. Hic enim novatio non procedit. Et ratio est: quia nulla nova persona, in quam fiat novatio, sub est. Cur ita? quia servus jure civili personam non habet. *l. quod attinet. 32. ff. de regul. jur.* Esse autem personam oportet, in quam obligatio novata transferatur, *arg. l. quotiens. 14. in fine. ff. de novationib.*
- 22 Novari porro possunt obligationes quæcunque sive civiles, sive naturales, sive honorariæ: nec refert, re, an verbis, an consensu sint contractæ, *d. l. 1. §. 1. & l. 2. ff. eod.* Quin etiam non in purâ tantum, sed & in conditionali & in diem contractâ obligatione, novationem locum obtinere, non ambigitur. Hoc tamen interest, quod obligatio purè, vel in diem contracta statim, etiam antequam dies venerit, novatur; licet agi ante diem nequeat: sub conditione verò contracta obligatio non antè novari potest, quàm ejus conditio extiterit, *hoc §. nostro. vers. quod autem diximus, &c. l. in diem. §. l. si Stichum 8.*
- 23 §. 1. *d. l. quotiens. 14. ff. de novationib.* Diem autem hoc loco certum intelligimus. Namque dies incertus pro conditione est: ac proinde novationem moratur & suspendit, si non solum, quando extiturus sit: sed etiam, an omnino extiturus sit, pro certo haberi non possit. *d. l. si Stichum. 8. §. 1. ff. eod. l. 1. ff. de condition. & demonstrat. Brisson. d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationib. pag. 266.*
- 24 edit. 1. Utrè verò novatio locum habeat saltem in principali obligatione, an etiam in fidejussione, controversum videtur? Et novationem in fidejussione quoque locum habere, adeoque hanc per illam tolli, verius est. *l. ubique 60. ff. de fidejussorib. l. novatione. 4. Cod. eodem. d. l. ult. ibi, si quis vel aliam personam, &c. &*

ibi, vel cautionem (hoc est, fidejussionem sive ad promissionem) minorem acceperit, &c. Cod. de novationib. Idque clariùs excoliquet, quod omnis omnino obligatio novari potest; nec ullibi fidejussio excipitur. *d. l. 1. & l. 2. ff. eodem tit.* Regulæ autem standum est, donec de exceptione doceatur. *l. 1. ubi Decius n. 6. & 7. ff. de reg. jur. Bald. ad l. si tutor. 6. in fine. Cod. de servo pignori dato. Wesenbec. consil. 7. n. 7. Mynsinger. consil. 14. num. 18. & seq. Gœdd. d. Commentar. de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 6. n. 40. & seqq.* Si igitur, quod tibi Sejus debebat ex stipulatu, à Titio dari stipulatus sis, interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: ac proinde Sejus liberatus erit, *hoc §. nostro. & d. l. ult. Cod. de novationib.* Quod pro Sejo fidejussor simul accesserit: ille ipse, tanquam accessorium, unâ cum Sejo liberabitur. *d. l. ubique 60. ff. de fidejussorib. d. l. novatione. 4. C. eod. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20. §. 3. n. 3. & seqq.* Quod tamen declarandum est, ut non procedat, sicque novatione fidejussor non liberetur: si addita sit clausula: *Citra præjudicium priorum jurium, ac fidejussionum prius præstitarum, imò jura juribus addendo, & cumulando &c.* Hieron. Gratus resp. 126. n. 8. lib. 1. Est enim tractatium, quando contractus possunt conciliari, quod primus à secundo non tollatur, verum secundus intelligatur potius juxta primum, per notata Decii in *l. pacta novissima. 12. n. 5. Cod. de pact. & Bertazol. consil. civil. 1. n. 165. Quos referendo sequitur Heringius d. cap. 20. §. 3. n. 13. & 14.*

De illo quoque quæri & dubitari solet: an pœnali stipulatione præcedens obligatio novetur? Hæc quæstio adeo perplexa & controversa est, ut in eâ tredecim varias Dd. opiniones se enarrare posse, dicat Alciatus *lib. 1. Paradoxor. cap. 12. & multas etiam; easque diversas recitet Bartol. in l. ita stipulatus. 115. §. fin. ff. de verbor. obligat.* Verum illis omnibus explosis, firmiter tenendum est: pœnali stipulatione priorem obligationem nunquam novari. *Exempli gratiâ:* Si quis stipulatus sit, *aliquid dari vel fieri?* & deinde, si illud non fieret, pœnam stipuletur: hæc stipulatio committatur, ut pœna peti possit: hoc utique casu novatio aliqua facta non censetur. Et si enim hæc commissæ stipulationis conditio aliquid similitudinis cum novatione habet, quatenus nova jam succedit obligatio, ut liberum sit, aut promissum petere, aut pœnam: reverâ tamen non est novatio: quia neque ab initio neque ex eventu transfundit priorem obligationem in novam posteriorem, *arg. l. si quis rem. 30. ff. de receptis, qui arbutum, &c. l. apud Celsum. 4. §. Labeo. 7. ff. de doli mali & met. except. l. si quis à socio. 41. l. seq. l. duo, 71. ff. pro socio. l. prædia. 28. ff. de act. empt. l. stipulatio ista. 38. §. unde. 23. vers. & si creditori. l. cum stipulatus. 113. l. ita stipulatus. 115. §. fin. ff. de verbor. obligat. l. si pacto. 14. Cod. de pact. l. nuda. 5. Cod. de contrah. & committ. stipulat.* Illudque etiam viva & efficax ratio docet. Nam quælibet stipulatio à fine suo æstimatur. Pœnalis autem stipulatio non additur hoc fine, ut præcedentem tollat, & ita novet, vel transfundat: sed ut firmiorem reddat illam, magisque stipulatori caveat. *§. ultim. supr. de legat. & §. ultim. supr. de verbor. obligat.* Igitur non novat: præsertim, cum pœnalis stipulatio quodammodo accessoria sit ad principalem, vel saltem sit minus principalis, *arg. l. si hominem mortuus. 69. ff. d. tit. Ast accessorium, sive minus principale non debet novare id, quod principale sive nobilius est, arg. l. qui usum fructum. 58. ff. de verbor. obligat.* Neque præterea quod in alicujus favorem introductum est, in odium ejus converti; neque vicissim, quod in alicujus odium inductum est, id in ejus favorem converti debet. *l. nulla. 25. ff. de legib. l. relegatorum. 7. §. fin. ff. de interdictis & relegat.* Atqui in favorem creditoris, pœna principali contractui adjecta est, ut timore pœnæ debitor servaret promissa, *argum. l. liber homo. 118. §. fin. ff. de verbor. obligat. l. 1. vers. & ob hoc invicem. Cod. de receptis arbutis.* Non ergo in odium ejus converti, & novationem contra creditorem, pro debitore (cujus in odium pœna ista adjecta est) operari debet.

31 Non adversatur l. 1. §. item si ita. 8. ff. ad leg. Falcid. l. 1. ff. de penul. legat. & l. si penum. 24. ff. quando dies legator. ced. ubi traditur: si testator ita legat: penum uxori meae, siue Lucio Titio) dato, si penum non dederit, decem dari: herede interpellato nec solvente, saltem decem deberi, quasi priore legato in posterius translato. Translatio autem ejusmodi reputatur esse novatio. d. l. 1. ff. de novationib. Ergo & posterius legatum, quod pœnale est, novatio erit. Quod si in legato verum est, multo magis in stipulatione recipiendum videtur. Leges, inquam, illæ non adversantur. Primo enim in iis novatio locum sibi vindicare nullo modo potest: siquidem novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem, transfusio atque translatio. d. l. 1. ff. de novationib. Sed in prædictis iuribus nullum præcessit debitum, quod novari possit. Etenim cum penus legatur, & nisi detur, pœna subicitur: hic penus est in præstatione, non in obligatione. d. l. 1. ff. de penul. legat. Igitur subjecta pœna non novat id, quod non est novabile, cum penus non debeatur. Dein legatum istud posterius in d. l. 1. ff. eod. & d. l. si penum. 24. ff. quando dies legat. &c. non propterea prius tollit, & solum debetur, quod sit revera quædam prioris obligationis vel legati in posterius transfusio, atque ita novatio: sed quod testator censeatur ademisse prius legatum per posterius sub hac conditione, si heres penum non dederit d. l. si penum. 24. vers. sub conditione fundi. ff. eod. Unde etsi liberaliter concedatur: parem legati & stipulationis hac in re causam esse: nondum tamen novationem probaret: cum tacita vel expressa legati ademptio nullâ ratione possit videri obligationis transfusio. tot. tit. supr. de adempt. & translat. legator. l. 1. & tot. tit. ff. de adimend. vel transfer. legat. Neque etiam omne transfusum est novatio: sed translatio quandoque quædam legati conditionalis, quod erat in præstatione. l. translatio. 6. ff. eod. Præterea dispar planè hac in re ratio est legati & stipulationis. Pœnalis namque stipulatio non ideo subicitur, ut prior propter posterioris conditionem evenientem sit adempta, & pro non contracta: sed ut eo magis sit securus creditor, & debitorem utrâque habeat obligatum. Unde convenire licet; ut pœna petatur nihilominus, ratâ manente præcedente stipulatione: hoc est, ut utrumque & res & pœna debeatur. l. qui Roma. 122. §. fin. ff. de verb. obligat. l. rescriptum. 10. §. si pacto. 1. ff. de pact. l. qui fidem. 16. ff. de transactionib. l. cum proponas. 17. ibique Dd. Cod. eod. tit. quanquam citra hanc conventionem alterutius petitione ac solutione stipulator contentus esse debeat. d. l. rescriptum. 10. §. 1. ff. de pact. & d. l. qui fidem. 16. ff. de transact. & utrobique interpretes.

35 Non adversatur quoque l. obligationum ferè. 44. §. fin. ff. de obligationib. & actionib. ubi Paulus in hæc verba respondet: Si navem fieri stipulatus sum, & si non feceris, centum: videndum, utrum due stipulationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditio, non tollat priorem, an verò transferat in se, & quasi novatio prioris fiat: quod magis verum est. Nam idcirco ibi pœna quasi novationem operatur: quia præcesserat obligatio facti, puta navem fieri; ad quod factum promissor præcisè urgeri non poterat. l. stipulationes non dividuntur. 72. in princ. ff. de verbor. obligat. Proindeque rectè pœna subdita quasi novationem (etiam ex præsumptâ partium intentione) operabitur. Voluit enim stipulator sibi prospicere de pœnâ, qui sciebat, promissorem super obligatione principali cogi non posse, sed præstando interesse liberari. d. l. stipulationes. 72. in princ. l. si pœn. 68. l. quotiens. 81. in princ. si quis stipulatus. 112. §. fin. & l. si fundum. 114. ff. d. tit. & latissimè ostensum ad principium tit. supr. de verbor. obligat. n. 57. & multis seqq. Nec tamen est vera novatio: cum promissor super pœnâ conventus, usque ad litis contestationem factum offerre queat. l. si insulam. 84. ff. d. tit. Operatur ergo dicta pœna non veram novationem, quæ facti obligationem tollat, sed umbram quandam novationis eatenus, quatenus post litis contestationem factum non amplius offerri potest. d. l. si insulam. 84. ff. de verb. obligat. Idque explanatius persequuntur Zasius lib. 1. singularium responsor. cap. 4. Duaren. & Donell. ad d. l. ita stipulatus. 115. n. 31. & seqq. ff. de verb. obligat. Guedam d. Commentar.

de contrah. & committ. stipulat. cap. 5. conclus. 7. n. 54. & seqq. Arumain Exercitat. Justin. 16. thes. 15. & Hænon. disput. 17. ad Institut. controvers. 28. Eadem de re videatur Alciatus d. lib. 1. Paradoxor. cap. 12. Hotoman. illustr. quest. 10. & Brissoni d. lib. 2. de solutionib. tit. de novationibus pag. 269. & seq. ed. 1. Knipschildt exercit. Acad. 6. quest. 18. pag. 238. cum subseq. nec non Georgius Franzkius exercitat. jurid. 11. quest. 9. pag. 366. & seqq.

Porro novationem ita demum fieri, si hoc inter contrahentes esset actum, inter veteres Jurisconsultos satis constabat. l. 2. l. si ita fuero. 6. l. si Stichum. 18. §. 1. l. fundum. 28. ff. de novationib. Sed hoc apud eosdem dubium & in obscuro plerumque positum erat: ex quibus indiciis, & quomodo intelligi deberet, posteriorem stipulationem novandi animo interpositam esse. Alii enim alias conjecturas & præsumptiones, ex quibus novandi animus perspiceretur, idoneas esse judicabant, hoc §. nostro, vers. sed, cum hoc quidem. &c. Quare tandem Justinianus Imperator, ut totam hanc difficultatem tolleretur, ac rixarum amputaretur occasiones, constituit: non aliter hodie novationem fieri, quam si novare se, hancque posteriorem stipulationem novandi animo interponere velle, disertè & specialiter contrahentes expressissent, d. l. ult. Cod. de novationibus.

Cui non refragatur Julianus in l. qui usumfructum. 58. ad finem. ff. de verbor. obligationib. ex quâ dicendum videtur: jure etiam antiquo, ante Justiniani constitutionem, non aliter novationem fuisse factam, quam si id specialiter & nominatim expressum fuerit à contrahentibus. Nam respondent nonnulli, verba illa in d. l. 58. posita, specialiter expresserit, à Triboniano (ut & in aliis quibusdam locis) esse addita, dum responsum istud Juliani ad constitutionem Justiniani accommodare voluerit. Cujac. hic in suis not. & ad d. l. 58. ff. de verb. oblig. Brissoni d. lib. 2. de solut. tit. de novat. pag. 271. edit. 1. Borcholt. Marcellus, & Vultejus hic in fine. Verum hac responsione, ceu erroneâ, rejectâ, alii respondendum existimant: in d. l. qui usumfructum. 58. idcirco ad novationem requiri, ut contrahentes animum novandi specialiter expresserint: quia minus sit in usu, quam in fructu; minus in itinere, quam in actu; posteriore autem stipulatione, quæ minus contineat, quam est in priore, non novari priorem. l. eum, qui. 56. §. si à te. 7. ff. de verb. obligat. proindeque hoc in casu, ut novatio facta censeatur, omnino requiri, ut expressum sit specialiter, posteriorem stipulationem novandi animo esse factam. Anton. Faber. lib. 3. conjectur. jur. civil. cap. 3. Arumain d. Exercitat. Justin. 16. thes. 16. Hunnius lib. 3. variar. resolut. jur. civ. tract. 8. quest. 11. Aliter quoque id explicat Donellus ad d. l. qui usumfructum. 58. n. 5. & 6. ff. de verb. obligationib.

Non item refragatur d. l. aliam causam. 29. ff. de novationib. ubi Paulus apertè scribit: post pubertatem tutelæ actionem novari, itemque post divortium actionem de dote, si id specialiter actum sit. Quoniam verisimile non est: mulieris, quæ post divortium à marito dotem stipulatur, vel pupilli, qui post pubertatem à tutore, voluntatem illam esse, ut actio de dote, vel tutelæ noveretur, & in stipulationem transfundatur: cum iis longe consultius sit agere de dote, vel tutelæ, quæ bonæ fidei actiones sunt, quam ex stipulatu, quæ stricti juris est. Multa namque privilegia habet actio de dote, itemque tutelæ, quæ actio ex stipulatu non habet. Faber. d. cap. 3. post. medium.

Adhæc non refragatur. l. si rem. 31. §. si duo. 1. ff. de novationibus ubi Venulejus ait: correum stipulandi, post contractam obligationem stipulantem à reo promittendi, posse eum novatione liberare ab altero correo stipulandi, cum id specialiter agit. Quia & ibi casus specialis & à regulâ exceptus continetur. Nisi enim specialiter id agatur, ut novatio fiat, non potest correus stipulandi à reo videri stipulari eo animo, ut noveret: sed dicendum potius est, inutilem esse posteriorem stipulationem, quâ illud ipsum promittitur, quod jam antè debebatur. l. qui his. 18. ff. de verb. obligat. Nisi itaque hoc expressum fuerit, animo novandi stipulationem posteriorem subjectam esse, novatio facta non intelligitur. Faber. d. cap. 3. in fine.

Deniq; non refragantur omnes illæ leges, in quibus dicitur, aliter non fieri novationem, quam si hoc actum fuerit, d. l.

d. l. 2. d. l. si ita fuerit. 6. ff. de novat. cum similibus supra allegatis. n. 37. Nam olim quidem novatio non fuit facta, nisi animum novandi contrahentes habuissent. Hoc autem recenter Justinianus suâ constitutione addidit: ut hunc animum suum contrahentes palam & specialiter verbis testarentur. Ideoque non sequitur: novatio olim fiebat, cum hoc actum esset. Ergo animus novandi verbis specialiter testandus & exprimendus fuit, ut rectè docet Hunnius d. quest. 11. in fine. Idque eleganter declarat Galpar Schifordegher. lib. 2. ad Anton. Fabr. tr. 5. quest. 1. & seqq. ubi Pragmaticorum illorum errorem intolerabilem esse demonstrat, qui ex præsumptionibus & conjecturis verisimilibus atque manifestis, jure etiam novo, novationem induci autumant. Cæterum è numero illorum sunt Cynus in d. l. ult. vers. non istam. Cod. de novationib. Vincentius de Franchis decis. 15. num. 2. Matth. de Afflict. decis. 44. num. 15. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. & cons. 235. n. 48. & consil. 1141. n. 13. Mascard. de probation. vol. 2. conclus. 1111. n. 18. & seqq. Simon de Prætis. consil. 134. n. 8. cent. 2. Stephan. Gratian. decis. 117. n. 11. 12. & 13. Cachéran. decis. 142. num. 2. Joan. Vincent. Hondedem vol. 2. part. 3. consultat. 40. num. 36. Andr. Gail. lib. 2. obs. 30. n. 3. Zanger. in tract. de except. p. 3. c. 3. n. 44. Joan. Bapt. Costa de facti scientia & ignorant. cent. 1. distinct. 36. n. 2. Gutierrez. de juram. confirmator. part. 1. cap. 63. Caroc. de excuss. honor. part. 2. quest. 54. Mynfinger. hic n. 9. & Heigius. n. 14. Doctor Martia tom. 3. Digestorum nevissimor. tit. novatio. cap. 10. fol. 222. Fachineus lib. 3. controvers. jur. cap. 92. & Arumæus, sibi contrarius, lib. 2. decis. 3. num. 21. & seqq. Adde de eadem quæstione novè diligenter differentem Georgium Frantzkiū exercitat. Jurid. 11. quest. 10. pag. 370. & seq. Philippum Knipschildt exercit. Acad. 13. quest. 11. pag. 488. Bachovium hic num. 9. pag. 852. itemque Timæum Fabrum disp. 25. ad Instit. Imperial. sub th. 8.

§. Hoc amplius. 4. & ultimus.

Hoc amplius, ex obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum secuta, id est, neque precio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab eâ emptione & venditione: invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

S U M M A R I A.

1. Contraria utriusque partis consensu sive poenitentia tollitur obligatio.
2. Quando obligationes, ex consensu descendentes, poenitentia dissolvantur.
3. Re non amplius integra, poenitentia non est locus.
4. Unumquodque eo modo dissolvi debet, quo colligatum est.
5. An & quatenus obligatio fidejussoria contrario dissensu perimatur.

6. Principali obligatione extincta, accessoria subsistere nequit.

7. An & quatenus conventio poenalis in contractu emptionis venditionis, propter poenitentiam adjecta (vulgò Reufauff) valeat. &c. remissive.

Quartus & ultimus tollendarum obligationum modus, est contrarius utriusque partis consensus, sive poenitentia, vel dissensus. Qui modus proprius esse obligationum ex consensu censetur. Est enim id summè tenendum: ex quatuor hisce liberationibus, solutionem re fieri: acceptilationem & novationem verbis: poenitentiam nudâ voluntate seu dissensu: quemadmodum ipsæ fermè obligationes dividuntur. l. 1. §. 1. ff. de oblig. & act. §. ult. f. de obl. Tum demum autem contractus & obligationes ex nudo consensu descendentes (qualis est emptio, conductio, mandatum, societas) poenitentia seu contraria voluntate dissolvuntur, si res adhuc integra fuerit: quia videlicet nihil adhuc datum est, vel factum. hoc §. nostro. vers. deinde re nondum secuta, &c. l. juris gentium. 7. §. adeo. 6. ff. de pact. l. 2. l. 3. l. cum emptor. 5. §. 1. ff. de rescind. vendit. Nam re non amplius integra, poenitentia haud est locus. l. 1. & 2. C. quando liceat ab empt. disced. Sed & re non amplius integra (traditione puta interveniente) ab istis contractibus recedi potest: restitutis iis, quæ prius utrinque tradita sunt, l. ab emptione. 58. ff. de pactis. Duaren. in tract. ad d. l. 7. §. adeo. 6. ff. eodem. fol. mihi 77. tamen aliter sentiat. Ant. Fab. de errorib. pragmatic. decad. 95. cap. 8. cum seq. & decad. 96. cap. 1. & seqq. Ratio autem, cur obligationes, quæ consensu constant, contrario consensu tollantur, est perspicua: quia nihil æquitati naturali tam conforme & consentaneum est, quam unumquodque eo modo atque genere dissolvi, quo colligatum est. l. prout quidque. 80. ff. de solutionibus. l. nihil tam naturale. 35. l. omnia. 100. & l. ferè quibuscunque. 153. ff. de reg. jur. Porro & obligatio fidejussoria extinguitur, si debitor & creditor consensu contractam obligationem, pro quâ fidejussor intervenit, contrario dissensu, re integra, dissolverint. d. l. 3. ff. de rescind. vendit. & l. Stichum. 95. §. ult. ff. de solutionib. ubi Papinianus disertè respondit: Si inter emptorem & venditorem convenerit, prius quam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur: fidejussorem eo nomine acceptum, soluto contractu, liberari. Ejusque ratio non obscura est: quia principali obligatione sublata; fidejussio, utpote obligatio accessoria, §. fidejussores. 5. supr. de fidejussorib. l. generaliter. 5. ibi, ex causâ accessionis. & l. hi, qui accessionis. 34. ff. eodem. amplius subsistere nequit. l. nihil dolo. 129. §. 1. & l. cum principalis. 178. ff. de reg. jur. Anton. Hering. in tractat. de fidejussorib. cap. 20. §. 11. num. 2.

Tandem an & quatenus conventio poenalis in contractu emptionis venditionis, propter poenitentiam adjecta (vulgò Reufauff) valeat? an item emptor, invito venditore, poenali conventionem uti, & solvendo multam poenitentia (Reufauff) à contractu resilire possit? & ad quod usque tempus emptor & venditor isthac conventionem uti, & poenam poenitentia solvendo à contractu discedere queant? An denique præter poenam conventionalem is, qui contractum non servat & adimplet, etiam ad interesse teneatur? Post plures alios, à se citatos, abundè & diligenter explicat Matthias Berlichius decis. aur. 43. & tribus sequentibus.

FINIS LIBRI III. Institutionum Justinianearum:
atque adeo Tomi tertii horum operum.



Harpprecht, Johann, 1560-1639

Commentarius in quatuor libros Institutionum Iuris Civilis

Bd.: 3.

Francofurtum 1708

2 J.rom.c. 161-3

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10494388-2

VD18 12240109-003